



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

El consentimiento en los contratos de permuta financiera.

Autor/es

ELENA ALFARO RUIZ-CLAVIJO

Director/es

SUSANA PÉREZ ESCALONA

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



El consentimiento en los contratos de permuta financiera., de ELENA ALFARO
RUIZ-CLAVIJO

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

Trabajo de Fin de Máster

**EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE
PERMUTA FINANCIERA**

ELENA ALFARO RUIZ-CLAVIJO

TUTOR

Dra. D^a. SUSANA PÉREZ ESCALONA

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Escuela de Máster y Doctorado



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

AÑO ACADÉMICO 2016-2017

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS

RESUMEN

ABSTRACT

<u>I. INTRODUCCIÓN</u>	1
<u>II. CUESTIONES PREPARATORIAS</u>	2
1. Productos derivados	2
2. Productos complejos	3
<u>III. EL CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA. CONCEPTO Y TIPOS</u>	4
1. Definición general de swap	4
2. Modalidades de swap más comunes	6
2.1. Especial referencia a los swaps de tipos de interés	9
2.1.1 Introducción al “IRS”	9
2.1.2 Definición de swap de tipos de interés	10
<u>IV. FINALIDADES DEL CONTRATO DE SWAP. ¿PARA QUÉ SE UTILIZAN LAS PERMUTAS FINANCIERAS?</u>	12
<u>V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO</u>	15
1. Naturaleza jurídica	15
1.1. El carácter consensual del contrato	16
1.2. La bilateralidad	16
1.3. ¿Es el contrato de swap sinalagmático?	20
1.4. La naturaleza aleatoria del swap	22
1.5. Autónomo o independiente	24
2. Especial referencia a la normativa MiFID	25
2.1. Introducción al marco normativo	25
2.2. Normativa pre-MiFID	26
2.3. Normativa MiFID	28
2.3.1. Nueva regulación del deber de información	30
2.3.2. Contenido del deber de información según la jurisprudencia	31
<u>VI. LA INEFICACIA DEL CONTRATO: EL CONSENTIMIENTO Y SU VALIDEZ</u>	34

1. Introducción	34
2. Consentimiento contractual	35
3. Vicios del consentimiento	35
3.1. Error del consentimiento	36
3.1.1. Jurisprudencia acerca del error del consentimiento en el swap	39
3.1.1.1. Carga de la prueba del error en los contratos de swap	39
3.1.1.2. Esencialidad del error	41
3.1.1.3. Excusabilidad del error	44
3.2. Dolo	50
3.3. ¿Cuándo caduca la acción de acción de anulabilidad?	51
3.4. Consecuencias de la anulación del contrato	53
4. Otras posibles causas de ineficacia del contrato	53
4.1. ¿Nulidad del swap por incumplimiento de la normativa MiFID?	53
4.2. Posible aplicación de la cláusula “Rebus sic stantibus”	54
5. Algunas cuestiones debatidas por la jurisprudencia	55
5.1. Doctrina de la confirmación de los actos viciados	55
5.2. ¿Es posible resolver el contrato por incumplimiento del deber de información?	56
VII. <u>CONCLUSIONES</u>	58
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	
<u>NORMATIVA CITADA</u>	
<u>LISTA DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA</u>	

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo

AP: Audiencia Provincial

Cc: Código Civil

Cco: Código de Comercio

Cfr: Confronta

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

Ex: Según

FJ: Fundamento Jurídico

In fine: al final

IRS: “Interest Rate Swap”

LC: Ley Concursal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

MiFID: *Markets in Financial Instruments Directive*

Núm.: número

P.ej.: por ejemplo

Pág.: página

RDGT: Resolución de la Dirección General del Trabajo

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

Sec.: Sección

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STJUE: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

Supra: citado anteriormente

TS: Tribunal Supremo

TJUE: Tribunal Superior de Justicia

TRLMV: Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores:

Vd.: Véase

RESUMEN

El siguiente trabajo analizará la implantación en nuestro sistema del contrato de permuta financiera, que consiste en el intercambio entre las partes de flujos de caja futuros. En especial, el trabajo se centrará en los problemas interpretativos que ha generado este negocio jurídico, comercializado entre particulares, quienes, en la mayoría de los casos, prestaron su consentimiento viciado. Junto con todo ello, se analizará la normativa Mi-FID que es la que regula las obligaciones de información que asumen las entidades financieras al comercializar con sus clientes.

ABSTRACT

The following project studies the evolution of swap contract in Spain. The swap is a derivative product very useful to the management of financial risks. However, if this product is sold between people without financial knowledge the vices of consent may occur, especially the error (is a false representation of reality). This is the object of this work, the consent of swap contract. In addition, this project studies the MiFID Directive, this directive governs the provision of investment services in financial instruments by banks and investment firms.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, el contrato es un acuerdo alcanzado entre dos o más personas dirigido a generar obligaciones (es fuente de obligaciones y tiene fuerza de ley “inter partes”). Ambas partes, una vez que se someten a ese contrato, como manifestación de su autonomía de la voluntad, estarán obligadas a cumplirlo (“pacta sunt servanda”). De esta manera, se le otorga autoridad a la palabra dada y se consagra seguridad jurídica, ya que los contratantes pueden predecir las consecuencias de su sometimiento.

Sin embargo, en determinadas circunstancias la seguridad jurídica o la confianza que las partes han brindado a ese contrato deben ceder a favor de intereses que merecen mayor protección. Precisamente ese es el objeto de este trabajo, analizar cuáles son los supuestos en los que un contrato, por estar viciado el consentimiento prestado por una de las partes, no es válido, siendo este un claro ejemplo en el que la seguridad jurídica debe ceder, ya que un contrato viciado no puede ser fuente de obligaciones.

En concreto, en las próximas páginas se van a analizar todas las cuestiones que afectan a la prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera o “swap”¹. El contrato de permuta financiera es un negocio jurídico proveniente del ordenamiento anglosajón que ha recibido una gran implantación en nuestro sistema, tanto en el tráfico mercantil como entre los particulares. Los grandes difusores del contrato fueron los bancos vinculando a sujetos inexpertos ya obligados por operaciones de endeudamiento a tipos variables que buscaban en el mismo un instrumento que cubriera el riesgo de fluctuación al alza de los tipos de interés.

Si se tiene en cuenta que se trata de un contrato de alto riesgo, de difícil comprensión, que ha sido importado de otro ordenamiento, parece lógica la gran problemática que han supuesto. Desde el año 2009, que es cuando empiezan a apreciarse los efectos adversos del negocio, se ha generado una verdadera avalancha de demandas con el fin de anular el contrato generalmente por error en el consentimiento. Demandas ejercitadas, en su mayoría, por sujetos que prestaban su consentimiento sin

¹ Esta es la denominación que recibe la permuta financiera en los países anglosajones, cuya traducción significa “intercambio”, lo cual, como se verá en las siguientes páginas, tiene bastante sentido, ya que el objeto de este contrato es precisamente el intercambio de prestaciones o flujos de cajas. Por ello, en nuestro país, ha recibido el nombre de permuta, pero añadiéndole el apelativo “financiera”, para distinguirla del clásico contrato de permuta (regulado en el artículo 1538 del Código Civil).

entender los riesgos que acarreaba la operación, pero también demandas de personas, que viendo la respuesta de la jurisprudencia tendente a anular los contratos, se sumaban para beneficiarse de dicha anulación porque la operación no les había sido favorable, evidentemente el ordenamiento no debe proteger a estos demandantes que sí comprendieron los riesgos de la operación.

Dicho todo esto, antes de abordar todas las cuestiones referentes al consentimiento de los contratos de permuta financiera, el trabajo se va a centrar en definir el contrato de swap para lo que es necesario apuntar una serie de cuestiones introductorias.

II. CUESTIONES PREPARATORIAS

1. Productos derivados

El swap es un producto derivado. Un producto derivado, según la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV)², es aquel cuyo valor deriva de la evolución de los precios de otro activo, denominado “activo subyacente”.

Con lo cual, sólo puede concebirse el valor de un producto derivado (en este caso, el del swap) referenciado al de su activo subyacente, ya que es el precio de este último el que determinará el valor real del derivado financiero. Como se verá, las distintas modalidades de permuta financiera se encuentran referenciadas al valor de distintos activos subyacentes, como por ejemplo al de: una acción, una cesta de acciones, una divisa, tipos de interés, EURIBOR...

Como bien indica la CNMV, un producto derivado es una contratación a plazo, puesto que en el momento de perfeccionar el contrato se establecen todos los términos del mismo, sin embargo es posteriormente cuando se produce el intercambio efectivo. En el caso de los swaps, no sólo existirá intercambio en un momento futuro, sino que lo habitual será que se produzcan varias liquidaciones periódicas, por ello se incluye dentro de los contratos de tracto sucesivo, es decir, con ejecución continuada.

Por último, añade que se trata de un producto sujeto al efecto apalancamiento porque, como se acaba de apuntar, la cantidad que requiere que se desembolse al inicio del contrato es muy reducida en comparación a la exposición al subyacente que se obtiene. Ello supone que este tipo de productos sean considerados de alto riesgo, ya que

² Cf. CNMV - *Productos derivados*, [cnmv.es](https://www.cnmv.es/portal/Inversor/Derivados.aspx), <https://www.cnmv.es/portal/Inversor/Derivados.aspx>

la operación, se manifieste en pérdidas o en ganancias, puede multiplicarse exponencialmente en relación con la cantidad desembolsada, puesto que dichas pérdidas o ganancias reaccionan igual que si se estuviera operando con el activo en un mercado de contado (que es aquel en el que sí se desembolsa la totalidad del valor del activo)³.

2. Productos complejos

El swap, además de ser un producto derivado, es un instrumento financiero⁴ complejo. Esta característica fue discutida por las entidades demandadas, puesto que favorece a su defensa presentar el contrato como un producto sencillo y de fácil comprensión, ya que en ese caso sería más complicado demostrar la existencia de vicios del consentimiento.

En la actualidad, con la legislación vigente y la abundante jurisprudencia al respecto, es indiscutible que el swap es un producto complejo. De hecho, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se ha pronunciado en este sentido, precisamente porque la Directiva 2006/73/CE de 10 de agosto⁵ recoge a la permuta financiera como tal⁶.

Además, el art. 217.3.b) TRLMV regula los productos complejos por exclusión, de la siguiente manera: “A efectos de lo previsto en este capítulo, no se considerarán instrumentos financieros no complejos: b) los instrumentos financieros señalados en el artículo 2, apartados 2 a 8”. Como se ha comentado a pie de página, es en estos apartados donde se encuentra recogido el swap (Art. 2.2 TRLMV), lo que reafirma su condición de producto complejo.

³ Cf. MATEU GORDON, J.L., “Resumen técnico: Los derivados financieros”, en <http://www.tirantonline.com> (2010).

⁴ El art. 2.2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, TRLMV) califica a la permuta financiera como instrumento financiero.

⁵ Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006 por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

⁶ Concretamente, en el párrafo 34 de la STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE\2013\142), C-604/11, afirmó lo siguiente: “(...) los contratos de permuta relacionados con los tipos de interés, como los controvertidos en el litigio principal, figuran en el anexo I, sección C, punto 4, de dicha Directiva, lo que excluye, de conformidad con el artículo 38 de la Directiva 2006/73 (LCEur 2006, 1963), que tengan la consideración de no complejos (...)”.

Esta diferenciación entre productos complejos y no complejos es relevante porque las obligaciones de información que asumen las entidades que comercializan productos complejos van a ser más rigurosas que las que deben cumplir cuando lo que ofertan son productos no complejos.

Para entender el por qué de esa asunción de obligaciones en la distribución de productos complejos, se van a mencionar brevemente las características que diferencian a un producto complejo de otro que no lo es. Nuevamente, la CNMV⁷ apunta cuáles son las notas que debe reunir un producto no complejo, y son las cuatro siguientes: En primer lugar, es posible su reembolso de forma frecuente a precios conocidos por el público. Por tanto, se puede conocer su valor y hacerlo efectivo; En segundo lugar, el inversor no perderá una cantidad mayor a la de su inversión, es decir, no arriesga más dinero que el coste por el que adquirió el producto; En tercer lugar, “existe información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto”; y, en cuarto lugar, un producto no complejo no puede ser un producto derivado.

Estas son todas las características que debe cumplir un producto no complejo, definiéndose los complejos por exclusión, es decir cualquier producto que carezca de todas o de alguna de ellas será calificado como complejo. La falta de estos caracteres supone: que el riesgo de invertir en estos productos sea más alto, que tengan menor liquidez y que no pueda conocerse en cualquier momento su valor.

III. EL CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA. CONCEPTO Y TIPOS

1. Definición general de swap

Una vez apuntadas las cuestiones preliminares se va a tratar de delimitar un concepto genérico de permuta financiera, que englobe todas las características que comparten las distintas modalidades del contrato.

La conceptualización de este contrato no es una cuestión pacífica, pues se trata de un contrato atípico, lo cual dificulta la tarea de los juristas y provoca un sinnúmero de definiciones, en algunos casos contradictorias y/o que confunden la definición de una modalidad concreta de swap con el concepto genérico del contrato. Ahora bien, su

⁷ Cf. <https://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Complejos-No-Complejos.aspx>

difícil conceptualización no sólo viene provocada por la ausencia de regulación, sino que se debe a múltiples motivos:

- En primer lugar, como se ha dicho, por ser un contrato atípico.

- En segundo, porque se trata de un contrato surgido en el contexto legal anglosajón, donde, al contrario de lo que ocurre en nuestro sistema jurídico, a la calificación del negocio y a su naturaleza jurídica no se les otorga tanta relevancia. Además, la autonomía de las partes es mucho más amplia, interviniendo el juez de forma puntual. Estas dos cuestiones originan gran parte de los problemas doctrinales y jurisprudenciales acerca de las permutas financieras: en primer lugar, porque muchos de los debates se centran en la naturaleza jurídica de este negocio (de difícil encaje en nuestro sistema jurídico); y en segundo lugar, al limitarse la autonomía, es más habitual la intervención de los tribunales.

- Por último, si a esta falta de regulación de un contrato nacido para otro sistema jurídico, se le añade su relativamente reciente aparición, puesto que los swaps surgen a partir de la década de los 70, y especialmente se difunden entre los particulares a partir de los años 2000⁸, se terminan de entender los problemas que suscita, pues no ha existido tiempo real para estudiar el asunto detenidamente, viéndose la jurisprudencia obligada a interpretar el contrato (y, prácticamente, a legislarlo) a marchas forzadas.

Si se tienen en cuenta todas estas puntualizaciones, es fácilmente comprensible que exista una gran cantidad de definiciones que identifiquen la definición de swap con la de una modalidad concreta (como se decía, con el swap de tipos de interés) o simplemente incoherentes unas con otras. Para intentar resolver las dudas, se va a acotar, en primer lugar, la definición de permuta.

El contrato de permuta civil está regulado en el art. 1538 Cc y puede definirse como aquel negocio jurídico mediante el cual dos partes llevan a cabo la fórmula

⁸ En concreto, en España adquirió gran difusión a partir de la aprobación de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, cuyo art. 19 impone la obligación de las entidades financieras de informar a sus “deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles”; y a los nuevos clientes que soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable deben ofrecerles “al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés”. Como se explicará, una de las finalidades de los swaps es que sirve de mecanismo frente a posibles subidas de los tipos de interés, con lo cual era uno de los productos que se empezaba a ofrecer al público en estas fechas, sobre todo a partir de 2006, momento en el que se vuelve necesaria la contratación de productos de este tipo ante las grandes subidas del Euribor.

jurídica del cambio directo o de cosa por cosa, de tal manera que asumen la obligación de transferirse mutuamente el dominio de una o varias cosas, que al celebrarse la permuta pertenecían a cada de las partes⁹.

El objeto de la permuta financiera, al igual que el de la permuta, es el de intercambiar cosa por cosa, en concreto, flujos de caja (pagos y cobros), por ello puede definirse como aquel contrato a través del cual las partes aceptan intercambiarse flujos de caja en una fecha futura.

Por ello, la diferencia fundamental entre la permuta y el swap es que en el momento del contrato no se realiza ningún intercambio, sino que se comprometen a intercambiar los flujos de caja en el futuro. Ahora bien, en el momento de formalizar el contrato sí se fijan los plazos de pagos, el importe principal, los parámetros objetivos para el cálculo de las cantidades, la duración del contrato, etc.

Dichos flujos pueden expresarse en una o en varias divisas, y se obtienen a partir de parámetros objetivos, los cuales se aplican sobre un determinado nominal que fijan las partes. Ese nominal o principal¹⁰ se referencia a alguna variable¹¹, cuya naturaleza puede ser diversa, normalmente será un tipo de interés o una divisa, pero también puede aparecer referenciado al patrón oro, a materias primas o “commodities”... Dichos flujos de caja, como se ha anotado, se liquidan en una fecha futura. Esta liquidación podrá ser única o, lo que es más común, periódica (contrato de tracto sucesivo)¹².

2. Modalidades de swap más comunes

La definición de swap apuntada es la genérica, es decir engloba el conjunto de características comunes a todos los tipos de swaps. Ahora bien, a partir de este negocio

⁹ Cfr. Definición de permuta de FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (Coordinador), en “Diccionario Jurídico”, Sexta Edición, Thomson Reuters ARANZADI, Pamplona, 2012.

¹⁰ También se habla de “nacional”, por ejemplo en el FJ. 4º de la SAP de Zaragoza (Sec. 5ª), núm. 399/2011 de 20 de junio (JUR\2011\245705).

¹¹ Esa variable es el activo subyacente del que se hablaba a la hora de definir un producto derivado, el valor real del swap va a depender de las variaciones de precio del activo subyacente.

¹² Vd. definiciones de swap en la jurisprudencia, p.ej: FJ.3º de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona 161/2011 de 17 de mayo (AC\2011\1253); o FJ 2º de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, núm. 259/2012 de 24 de diciembre (AC\2014\1188); o FJ. 3º de la SAP Burgos (Sec.3ª), núm. 267/2011 de 12 de septiembre (JUR\2011\344998).

jurídico surgen distintas modalidades, las cuales van a depender del objeto que se permute¹³, siendo las más comunes¹⁴:

1.- Swap de tipos de interés o “Interest Rate Swap” (IRS) donde lo que se intercambian son prestaciones a las que se les aplica un tipo de interés, que es distinto para cada una de las partes, siendo lo más habitual que se imponga un interés variable a la entidad financiera y uno fijo al cliente, abonando cada una de las partes la cantidad que resulte de aplicar el interés sobre el nominal. Debido a que esta es la modalidad de swap más extendida, el trabajo se centrará en ella, aportando una definición más extensa en las próximas páginas. Tanta es su difusión, que es infrecuente encontrar una sentencia española sobre swaps que no analice este tipo en concreto.

2.- Swap de divisas o “currency swap”¹⁵, donde las partes se intercambian distintas divisas. Surge con la globalización, ya que uno de los problemas que conllevaba invertir en otro país era el cambio de moneda. Las empresas que querían evitar las fluctuaciones del mercado y que se encontraban ante dificultades para conseguir financiación en la divisa que les interesaba empezaron a desarrollar estos mecanismos.

De esta manera, una empresa con posibilidad de obtener una determinada divisa (o con disponibilidad de la misma) decide contratar un swap con otra que tenga

¹³ Así lo dice, entre otras la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, núm 161/2011 de 17 de mayo (AC2011\1253) en su FJ. 3º: “(...) Dichos contratos pueden revestir diversas modalidades en función del objeto de la permuta (...)”.

¹⁴ De las modalidades más comunes habla el FJ.3º de la SAP Madrid (Sec. 14ª) núm. 192/2012 de 30 de marzo (AC2012\2056), que dice: “El swap se trata de un producto financiero que puede tener distintos objetivos, intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable (swap de tipos de interés), o una divisa por otra (swap de divisas) o para intercambiar pagos de intereses calculados a tipo fijo en una divisa por pagos de intereses calculados a tipo variable en otra divisa (swap mixto)”.

¹⁵ Además de la que se aporta, encontramos una gran variedad de definiciones de swap de divisas. Sirven de ejemplo: LÓPEZ DOMÍNGUEZ, I. (2016). SWAP. *Expansión*, en <http://www.expansion.com/diccionario-economico/swap.html>: “es un contrato financiero entre dos partes por el que acuerdan intercambiar sus principales de igual cuantía pero denominados en diferente moneda, durante un plazo determinado, en el que ambos responderán al pago de los intereses recíprocos correspondientes a cada principal. En la fecha de vencimiento, los principales son nuevamente intercambiados al precio de contado del momento del acuerdo”; AMADEO, F. (2013). El contrato de swap como tipo de derivado. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid: “implica intercambios de pagos de principal e intereses de tipo fijo sobre préstamo en una divisa, por pagos de principal e intereses de tipo fijo sobre otro préstamo”. Además de la definición que el autor aporta, en su estudio se encuentran recogidas un sinnúmero de definiciones dadas por juristas nacionales e internacionales.

disponibilidad de la moneda que sí le interesa, de tal manera que se intercambian las distintas divisas en un momento futuro (de manera periódica o puntual) a un tipo de cambio predeterminado. Generalmente, ambas partes se encuentran endeudadas en la divisa que les interesa permutar, de tal manera que se intercambian la posición deudora en esa relación crediticia, con lo que terminan adquiriendo la moneda deseada, evitando así el riesgo que supone el tipo de cambio.

A diferencia de lo que ocurre en el swap de tipos de interés, en este sí se produce un intercambio del montante, produciéndose desembolsos de la siguiente manera¹⁶: El primero, como se acaba de apuntar, se produce en el momento de la firma del contrato que es cuando las partes intercambian ambas divisas a la cotización al contado. El segundo se produce durante el contrato, en los plazos que hayan fijado, ambas partes abonan a la contraria una cantidad en concepto de interés sobre la cantidad de dinero recibida al inicio. Por último, a la finalización del contrato, se devuelven las cantidades aportadas al inicio, utilizando los tipos de cambio de la fecha de la firma del contrato.

3.- Swap de materias primas o de “commodities”, en este caso, el objeto de la permuta son materias primas. Este tipo de contrato se suele celebrar entre el productor y el mayorista de una “commodity”, quienes fijan un precio de compra o de venta, además de una fecha determinada de intercambio. Lo habitual será que el productor “apueste” por el precio variable obligándose a pagarlo, mientras que el mayorista, para cubrir los riesgos que supone la fluctuación de los precios, se obligue a pagar un precio fijo.

De esta manera, el mayorista se asegura siempre un mismo precio, lo que le beneficiará cuando el valor de la materia a permutar ascienda por encima del precio fijo acordado. Sin embargo, también ocurrirá a la inversa, es decir, el swap le supondrá un coste de oportunidad cuando el precio disminuya por debajo del pactado, ya que de no existir la permuta financiera se beneficiaría de dicha bajada de precios, cosa que no ocurrirá porque por funcionamiento del swap se obliga a pagar al productor la diferencia entre el precio fijo y el inferior (liquidándose por compensación)¹⁷.

¹⁶ Vd. NAVARRO ROS, A. (2015). Aspectos civiles del contrato de permuta financiera de tipos de interés (Tesis doctoral). Universidad de Murcia (pg. 33 y ss.).

¹⁷ Vd. COMANDONA, M. (2003). Commodity Swaps. http://www.bcr.com.ar/Publicaciones/investigaciones/commodity%20swap_camandona.pdf. Obtenido de <http://www.bcr.com.ar/default.aspx>.

2.1. Especial referencia a los swaps de tipos de interés.

2.1.1. Introducción al “IRS”

Las tres modalidades expuestas son las más extendidas, pero el swap de tipos de interés es el verdadero protagonista, debido a que es el más difundido entre particulares inexpertos, que son los que han generado problemas acerca del consentimiento del contrato, ya que no estaban capacitados para contratar un producto de alto riesgo como este. El resto de tipologías han quedado reservadas a un ámbito más mercantil, en el sentido de que han sido articuladas entre grandes empresas o entre éstas y entidades financieras (partes conocedoras de las características del contrato, habituadas al entorno financiero).

Como se ha comentado, las entidades comercializaban el swap como un instrumento de cobertura de riesgo frente a las posibles subidas de los tipos de interés. La realidad ha demostrado que las personas menos habituadas al ámbito financiero, entendían (a falta de una mejor explicación por parte de la entidad bancaria) que suscribían una especie de seguro que les cubría frente a las subidas del Euribor. Llevaban años viendo como subían los tipos de interés de su préstamo bancario y, como es lógico, vieron en este instrumento una seguridad. Sin embargo, cuando en 2008 empiezan a descender los tipos de interés es cuando consiguen entender el funcionamiento de este contrato, y que no se trataba de un seguro, pues les estaba reportando pérdidas. En ese momento, empiezan a colapsarse los tribunales con demandas por vicios del consentimiento que pretendían anular el contrato.

Ahora bien, esta exposición de los hechos no debe llevar a error, pues el producto también fue ampliamente comercializado entre empresas y particulares profesionales que sí entendían el riesgo que asumían al contratar el producto, pero que se exponían al mismo con la esperanza de beneficiarse de él. Sin embargo, vistos los resultados negativos (provocados por el descenso de los tipos de interés) y las sentencias favorables a la anulación del contrato, se sumaron a presentar demandas por error en el consentimiento, cuando realmente no lo habían padecido, queriéndose mostrar como sujetos inexpertos (como se verá, será el tribunal el que se encargue de dilucidar si el sujeto era profesional, puesto que de ello se derivará si existió o no error del consentimiento).

2.1.2. Definición de swap de tipos de interés

Se encuentran una enorme variedad de definiciones de swaps de tipos de interés, en mi opinión, son especialmente clarificadoras las que aporta la jurisprudencia, por ello, se va a intentar hacer un resumen de lo que las sentencias apuntan sobre el concepto de este swap.

El contrato de swap de tipos de interés (“IRS”) es aquel acuerdo por el cual las partes se obligan a intercambiarse flujos de pagos que resultan de aplicar un tipo de interés a un capital nominal de referencia y no real (“nacional”)¹⁸. Las partes fijan los tipos de interés que se aplicarán para cada una de ellas, limitándose a intercambiar los pagos en los plazos indicados. Si el swap de tipos de interés se lleva a cabo sólo en una divisa (es decir, sin combinarlo con un swap de divisas) el pago se realizará por compensación, resultando a favor de la entidad financiera si el Euribor se encuentra en un tipo inferior al fijo acordado y viceversa¹⁹.

A raíz de la liquidación por compensación, se hace necesario un apunte. Como se acaba de indicar, comúnmente, se encontrará el contrato de swap de tipos de interés vinculado a otras operaciones de pasivo (contrato de préstamo), en estos casos, el nominal que fijan las partes sobre el que se aplicarán los tipos de interés pactados, será coincidente con el importe del capital prestado por el banco al cliente. Así, se configurará el contrato de préstamo como contrato principal y el swap como contrato vinculado al préstamo²⁰.

¹⁸ Ese capital principal se fija con el único fin de servir de referencia para la aplicación de los coeficientes que denominamos tipos de interés, por tanto las partes no se abonan esta cantidad. Según la SAP de Zaragoza (Sec.5ª), núm. 399/2011 de 20 de junio (JUR\2011\245705) el nacional es una cantidad invariable, “que no es objeto de entrega, sino que funciona como referencia de cálculo de tal manera que sobre ese nacional se aplican tipos de intereses distintos”.

¹⁹ Como bien apunta el FJ.4º de la SAP de Madrid (Sec.10ª), núm. 44/2014 de 18 de febrero (AC\2014\782): “La permuta financiera o swap consiste en un intercambio de tipos de interés pudiendo definirse, al menos en el plano teórico, como un contrato aleatorio y altamente especulativo, que juega con la evolución de un determinado subyacente, como puede ser un tipo de interés determinado o un concreto índice de referencia. De tal forma que, teóricamente, **los contratantes "ganan o pierden" según que el subyacente (valor o índice de referencia) sobrepase o no determinado techo (cap) o suelo (floor). En definitiva, una barrera que se fija y que determinará, en la fase de ejecución del contrato, "quien ganará o perderá"**”.

²⁰ Vd. FJ 2º de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante núm. 259/2012 de 24 de diciembre (AC\2014\1188).

Ahora bien, tal y como indica el art. 19.1 de la Ley 36/2003: “La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original”. Esto significa que el cliente, a pesar de la existencia del swap, seguirá abonando los pagos del préstamo en las condiciones pactadas (a tipo variable). Sin embargo, por efecto del swap si el tipo variable es superior al fijo la entidad bancaria deberá abonarle la diferencia al cliente, y viceversa, si el tipo variable es inferior al tipo fijo el cliente pagará el variable en el préstamo porque el swap no lo modifica, pero por efecto de la permuta financiera el cliente deberá abonarle al banco la diferencia entre ambos tipos (liquidándose las prestaciones por compensación, es decir procediendo al pago del diferencial).

Por tanto, debe quedar claro que el contrato de préstamo no se modifica por la contratación del swap, puesto que el contrato de permuta financiera es un contrato autónomo e independiente del préstamo.

Aclarada esta cuestión, cabe apuntar que dentro de los swaps de tipos de interés pueden distinguirse diferentes modalidades. Las tipologías principales son: el “coupon swaps” o swap de fijo contra variable (el más habitual) y el “basis swaps” o swap de variable contra variable.

El primero de ellos se puede definir como un swap de tránsito de un tipo fijo a un tipo variable²¹. Esto significa que, al igual que en el resto de swaps las partes intercambian flujos de caja de forma periódica y en plazos coincidentes en el tiempo. Ahora bien, la prestación que abone una de ellas será el resultado de aplicar un tipo variable al “nominal”, mientras que la que abone la contraparte será el resultado de aplicarle a esta cantidad un tipo fijo. Comúnmente se aplica un tipo variable en función del Euribor o Libor para la entidad financiera y un tipo fijo para el cliente.

El mecanismo de la segunda modalidad es idéntico al de los “coupon swaps”, la diferencia son los tipos a aplicar sobre el nominal, ya que en este caso ambas partes abonarán la cantidad resultante de multiplicar el nominal por tipos variables, pero será con distinta periodificación (Euribor a tres meses contra Euribor a seis meses) o con distinta indexación (Euribor a tres meses contra Libor a tres meses, etc...).

²¹ Cfr. NAVARRO ROS, A. (2015). Aspectos civiles del contrato de permuta financiera de tipos de interés (Tesis doctoral). Universidad de Murcia.

IV. FINALIDAD DEL CONTRATO DE SWAP. ¿PARA QUÉ SE UTILIZAN LAS PERMUTAS FINANCIERAS?

Antes de empezar a estudiar el régimen jurídico de la permuta financiera, se va a comentar brevemente cuáles son las razones que llevan a las partes a contratarla. Son muchas las finalidades que cumplen los swaps, con lo que se ha comentado hasta ahora ya se intuyen algunas, como por ejemplo cubrir riesgos financieros (que es la función más común). Sin embargo, no es este el único motivo por el que se han difundido los swaps, existen usuarios que se interesan en este contrato simplemente para especular. Y por último, dentro de las razones más populares está el arbitraje, que se pasará a explicar junto con el resto de funciones.

En primer lugar, los contratos de swap sirven como **instrumento de cobertura del riesgo**. En este caso, el contratante de la permuta no busca con ella ningún tipo de beneficio, sino evitar un mayor gasto. En el caso de los swaps de tipos de interés se ve clara esta finalidad, pues los contratantes son operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable que buscan con el swap convertir su deuda en una de tipo de interés fijo, cubriendo así el riesgo de que los tipos de interés fluctúen al alza, lo que le produciría un mayor coste.

También se aprecia esta finalidad en los swaps de divisas, ya que el contratante evita con este instrumento todo tipo de incertidumbre acerca de la fluctuación del tipo de cambio. Igualmente ocurre en el swaps de materias primas, también el contratante cubre el riesgo de fluctuación, en este caso no de los tipos de interés, ni del tipo de cambio, sino de los precios, que al igual que el resto de subyacentes oscilan.

Como se puede apreciar, todos aquellos contratantes que acudan al swap para cubrir los riesgos inherentes al mercado, evidentemente, se aseguran pagar siempre la misma cuantía, puesto que se obligan, precisamente a eso, a pagar siempre un precio fijo. Es obvio que se cumple esta finalidad, ahora bien, como se comentó, este es un producto de alto riesgo, con lo cual, al igual que la operación puede resultarles beneficiosa, les podrá resultar perjudicial si los precios bajan más allá del umbral que acordaron, pues no podrán beneficiarse de ese ahorro (coste de oportunidad). Por tanto, no se puede olvidar que al contratar este producto se aumenta el riesgo total de la

operación, pues al riesgo que supone el endeudamiento se suma el propio del derivado financiero²².

La segunda finalidad del contrato de swap es la **especulación**²³. Existen casos en los que se contrata una permuta financiera sin que exista un endeudamiento vinculado a ésta, en estos casos no hay ningún riesgo que cubrir.

Por ejemplo, en el caso de un swap de tipos de interés, si no existe un préstamo al que esté vinculado el swap es imposible que la finalidad sea la de cobertura del riesgo, en esos casos el producto es especulativo. En ese supuesto, las partes llevan a cabo una especie de “apuesta”, en el siguiente sentido: una de ellas (A) apuesta porque los tipos de interés van a evolucionar al alza y por ello decide pagar el tipo fijo (p.ej. un 2%), y la otra (B) apuesta porque los tipos evolucionarán a la baja y por ello pagará el tipo variable.

Evidentemente, A piensa que los tipos van a ascender por encima del 2% y por ello decide pagar la cantidad que resulta de aplicar un 2% sobre el nocional. Sin embargo, B intuye lo contrario, es decir, que el Euribor o Libor (o el índice al que esté referenciado el swap) va a bajar más del 2% y por ello considera que el resultante de aplicar el tipo variable sobre el nocional será inferior al que resultará de aplicar el tipo fijo, que será la cantidad que abone A, y que por lo tanto será él quien reporte ganancias²⁴.

Como es lógico, sólo uno de ellos estará en lo cierto, siendo sólo uno el que abone una cantidad inferior frente a la que abone el otro. Por ello, se habla de que, en este caso, la finalidad del swap es especulativa, pues ambas partes hacen conjeturas sobre algo incierto, como es la evolución de los tipos de interés, o del tipo de cambio, o del precio de las materias primas...

²² Vd. FJ. 3º de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona núm. 161/2011 de 17 de mayo (AC\2011\1253).

²³ Acerca de esta finalidad hablan algunas de las sentencias, sirve de ejemplo la SAP Burgos (S.3ª), núm. 267/2011 de 12 de septiembre (JUR\2011\344998), que tras definir el swap dice: “Dicho así el producto parece un mero producto especulativo o de inversión, pues las partes condicionan sus expectativas de ganancia a algo tan imponderable como es la subida o bajada de un determinado tipo de interés”.

²⁴ Este riesgo también lo asumen aquellos que pretenden que el swap sirva como cobertura del riesgo, por ello la jurisprudencia, al hablar de los swap de tipos de interés, suele añadir que tiene un componente especulativo, puesto que sólo una de las partes se beneficiará del negocio.

Otra de las finalidades del swap y de los productos derivados en general, es el **arbitraje**²⁵. En economía se habla de arbitraje para hacer referencia a aquella práctica que permite al inversor beneficiarse de una diferencia de precio entre dos o más mercados. De tal manera que mediante una combinación de transacciones complementarias capitalizan el desequilibrio de precios que existe en los distintos mercados.

Para conseguir esta utilidad el arbitrajista compra y vende de forma simultánea la misma mercancía o activo financiero en diferentes mercados (con diferentes precios) obteniendo una ganancia del desequilibrio existente entre ambos²⁶.

En concreto, se ve clara la finalidad de arbitraje en el swap de divisas. En este caso, el arbitrajista aprovecha los tipos de cambio de las distintas monedas, de tal manera que acude al mercado de la divisa que no le interesa, pero que sí le permite un mejor cambio que la que dispone. Mediante el swap traslada la divisa no deseada al mercado de la deseada, aquella le permite un mejor cambio, con lo que obtiene un menor coste de endeudamiento al adquirir mayor cantidad de moneda.

En conclusión, estas tres razones son las que comúnmente llevan a los contratantes a suscribir un swap: cobertura del riesgo, especulación y arbitraje. Ahora bien, la lista de funciones que cumplen las permutas financieras es una lista abierta, no debe olvidarse que se trata de un producto caracterizado por su enorme flexibilidad, denominado en ocasiones producto “a medida”, precisamente porque permite que las partes lo configuren de manera acorde a sus necesidades²⁷.

²⁵ Sobre la utilización del swap como instrumento de arbitraje, ver: AMADEO, F. (2013). El contrato de swap como tipo de derivado. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid (pg. 196); LÓPEZ DOMÍNGUEZ, I. (2016). SWAP. *Expansión*, en <http://www.expansion.com/diccionario-economico/swap.html>; REY ALVAREZ, R. (2012). Un paseo por los derivados financieros. Trabajo tutelado por el Profesor D^a Laura Valdunciel Bustos. Universidad de León (pgs. 44 y ss.), ésta última explica: “En el caso del arbitraje entre un swap y un activo financiero, aunque sean diferentes instrumentos los que se compran y se venden, son asimilables en el sentido de que ambos generan intereses calculados sobre un mismo índice de referencia. Si un instrumento genera un tipo más alto que otro, estando ambos calculados sobre el mismo índice, entonces se realizará el arbitraje”.

²⁶ Por ejemplo, imagínese que un sujeto encuentra los tipos de cambio en Madrid a $30\text{€} = 60\$ = 100\text{¥}$. Sin embargo, en Tokio encuentra que $100\text{¥} = 70\$ = 35\text{€}$. Un arbitrajista convertiría en Tokio los 100¥ en 70\$, para después realizar el cambio de esos 70\$ en 116,6¥ en Madrid. De esta manera ha ganado 16,6¥ con la misma cantidad de dinero al beneficiarse de las diferencias de precio existentes en los mercados.

²⁷ Vd. AMADEO, F. (2013). El contrato de swap como tipo de derivado. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid (pgs. 198-200).

Con este apartado sobre las finalidades de la permuta financiera se cierra este primer bloque introductorio del contrato objeto del trabajo, para pasar a hablar en las siguientes páginas de la naturaleza jurídica de este negocio y de las obligaciones que asumen las partes del mismo. Antes de ello, resulta clarificador recoger las conclusiones a las que se ha llegado hasta ahora, pudiendo destacar del swap: 1) que se trata de un contrato atípico; 2) además, se incluye dentro de los denominados productos derivados; 3) es un producto complejo, puesto que no reúne alguno o ninguno de los requisitos para ser considerado como no complejo; 4) existen varias modalidades de swaps, pero este trabajo, centrado en el consentimiento, va a darle protagonismo a los de tipos de interés, precisamente porque ha sido habitual que se prestara su consentimiento viciado; 5) como se acaba de comentar, lo más habitual será utilizarlos como instrumento de cobertura del riesgo.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Este bloque se puede dividir en dos apartados: el primero de ellos abarcará la naturaleza jurídica del contrato, allí se hablará de los caracteres que la conforman; y el segundo se centrará en la normativa europea que recoge los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras a la hora de comercializar productos de inversión, y que por lo tanto es aplicable al contrato de swap. Este segundo bloque servirá de introducción del siguiente en el que ya se analizarán los vicios del consentimiento de la permuta financiera. Servirá de introducción, puesto que el incumplimiento de esa normativa va a estar muy ligado con la existencia de error en el consentimiento.

1. Naturaleza jurídica

Conforme a su naturaleza este contrato puede definirse como oneroso, atípico (válido conforme al art. 1255Cc y el art. 50 Cco), consensual, sinalagmático, bilateral (generador de recíprocas obligaciones), aleatorio, principal y autónomo. Estas características que configuran la naturaleza jurídica del contrato serán las que delimiten su régimen jurídico, por ello se van a analizar de forma detallada.

1.1. El carácter consensual del contrato

El contrato de swap se puede incluir en la categoría de contrato consensual, puesto que se concluye con la mera manifestación de la voluntad de las partes. Por lo tanto, el contrato es perfecto una vez las partes han declarado su voluntad, sin que se

requiera la entrega de una cosa (contrato real), ni una forma especial (contratos formales), pues sólo precisa de documento privado.

Por regla general los contratos se perfeccionan con el mero consentimiento, así lo recogen los arts. 1254 y 1258 Cc.

1.2. La bilateralidad

Un contrato se define como bilateral cuando genera obligaciones para ambas partes contractuales, es decir, cuando las obligaciones son recíprocas (arts. 1100 *in fine* y 1124 Cc). A la inversa, se consideran unilaterales aquellos contratos que generan obligaciones a cargo de una de las partes exclusivamente (la unilateralidad en nuestro ordenamiento es poco frecuente, el ejemplo más claro de este tipo de contratos es la donación).

Esta cuestión, que en principio puede parecer sencilla²⁸, alberga una gran complejidad hermenéutica en el caso de los contratos de swap, dándose interpretaciones a favor de la bilateralidad de estos contratos, pero también en contra.

Ciertamente, en este punto ha surgido un debate jurisprudencial, puesto que declarar la existencia de bilateralidad afecta de lleno al régimen jurídico aplicable a los swaps. Especialmente ha acarreado conflictos en sede concursal, ya que según el art. 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC): “La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”²⁹.

A la vista del precepto, se aprecian las importantes consecuencias prácticas que tiene calificar el contrato como bilateral, puesto que si se niega la reciprocidad del contrato los créditos resultantes del swap (tanto los que tienen origen antes de la

²⁸ Parece una cuestión de fácil comprensión, porque ambas partes se obligan con la otra, por ejemplo en el swap de tipos de interés una parte se obliga a pagar un tipo fijo sobre el notional a cambio de que la otra parte pague un tipo variable; o en el swap de divisas ambos se obligan a pagar una cantidad en distinta moneda sobre un tipo de cambio determinado.

²⁹ De forma paralela el art. 84.2.6º LC dispone que: “2. Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 6.º Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado”.

declaración de concurso, como los que tienen un origen posterior) se calificarán como créditos ordinarios, sin ningún tipo de privilegio de cobro.

Sin embargo, si el crédito corresponde a un contrato bilateral, de conformidad con el art. 61 LC, cuando se origine con posterioridad a la declaración del concurso³⁰, será calificado como crédito contra la masa, por lo tanto con preferencia de cobro. Si el contrato se califica como unilateral no surge ningún crédito contra la masa.

Como es lógico, la parte acreedora defenderá la calificación del swap como contrato bilateral, generador de recíprocas obligaciones, pues le beneficia llegado el momento del cobro en la declaración concursal. En la mayoría de los casos, la parte acreedora será la entidad bancaria.

Como se puede apreciar, las consecuencias prácticas de calificar estos créditos como créditos contra la masa son muy gravosas, pues podría descapitalizar al concursado. En mi opinión, probablemente sea este el motivo que mueve a algunas sentencias a negar la bilateralidad del contrato de swap. De hecho, la gran mayoría descartan la calificación de estos créditos como créditos contra la masa, ejemplos de ello son: SSTS de 17 y 18 de noviembre de 2015³¹, de 2 de septiembre de 2014³² y las de 8 y 9 de enero de 2013³³. La jurisprudencia dimanante de las Audiencias Provinciales también suele negar que se trate de un crédito contra la masa³⁴.

Las SSTS de 8 y 9 de enero de 2013 hablan de la tradicional distinción entre reciprocidad genética y funcional. La primera hace referencia a la reciprocidad en el momento en que se perfecciona la relación obligatoria, es decir, presta su atención en si

³⁰ El crédito que se origine con anterioridad a la declaración del concurso, como bien indicó la SAP Zaragoza (Sec. 5ª) núm. 629/2010 de 26 octubre (JUR\2010\412347) en su FJ 6º, “trae causa de una relación jurídica previa al concurso, por lo que - ex arts. 84 y sgs. L.C - no podrá tener la consideración de crédito contra la masa y sí -por tanto- de crédito ordinario”.

³¹ STS (Sala de lo Civil), núm. 629/2015 de 17 noviembre (RJ\2015\5626) y STS (Sala de lo Civil) núm. 630/2015 de 18 noviembre (RJ\2015\5496).

³² STS núm. 187/2014 de 2 septiembre. (RJ 2014\5116).

³³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 811/2012 de 8 enero (RJ\2013\1631) y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 797/2012 de 9 enero (RJ\2013\1633).

³⁴ Entre otras: SSAP de León (Sec.1ª) núm. 70/2014 de 16 abril (JUR\2014\158413); de León (Sec. 1ª) núm. 65/2014 de 25 abril (AC\2014\987); de León (Sec. 1ª) núm. 268/2013 de 21 mayo (AC\2013\1478); de León (Sec. 1ª) Sentencia num. 528/2012 de 28 diciembre (AC\2013\629); de Sevilla (Sec. 5ª) núm. 256/2012 de 14 mayo (JUR\2012\332694); de Islas Baleares (Sec. 5ª) núm. 334/2013 de 30 julio (AC\2013\1565).

existen o no obligaciones a cargo de ambas partes al inicio del contrato. Parece que el Alto Tribunal sí asume que, en un principio, ambas partes se obligan a pagar la contraprestación que resulta del cálculo. Ahora bien, la segunda, la reciprocidad funcional, conlleva algo más, supone que durante la relación contractual ambas partes cumplan con sus obligaciones de forma simultánea.

Es en ese punto donde surgen las dudas, pues para la jurisprudencia “no se derivan obligaciones funcionalmente recíprocas, ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes”, puesto que considera que llegado el momento del cálculo sólo una de las partes estará obligada a remunerar a la otra.

Es decir, para esta postura jurisprudencial, llegado el momento de la liquidación ambas partes no están obligadas a efectuar el pago, sino que abonará exclusivamente aquella a la que le corresponda la prestación más onerosa. Con lo cual, para estas sentencias las sucesivas liquidaciones no generan obligaciones recíprocas, sino la obligación unilateral de pago para una sola de las partes³⁵.

Mencionada esta postura, cabe apuntar que parte de la doctrina es contraria a esta interpretación, considerando que los contratantes se obligan recíprocamente uno frente al otro³⁶. De hecho, la única razón por la que se comprometen las partes al pago es porque esta obligación que contraen tiene como contrapartida la que asume su contraparte.

³⁵ Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, núm. 161/2011 de 17 de mayo (AC\2011\1253) afirma: “A esta clarificación de la naturaleza y finalidad del contrato que vincula a las partes incluida en la sentencia, cabría añadir su consideración como un negocio jurídico aleatorio puesto que existe un riesgo en la oscilación de los índices de referencia que puedan jugar a favor y en contra de ambas partes contratantes. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 1.981 (RJ 1981, 5467) es característico de estos contratos, "del alea su bilateralidad y, por lo tanto, que el riesgo a la eventualidad de la ganancia y la pérdida ha de ser común a ambos contratantes”. No obstante esta conceptualización como contrato bilateral en cuanto al riesgo que se asume en el momento de su nacimiento, las sucesivas liquidaciones no hacen surgir obligaciones recíprocas, sino la obligación unilateral de pago para una sola de las partes, de tal manera que el Banco contratante realizará el correspondiente cargo o abono en la cuenta de referencia en función del resultado del riesgo”.

³⁶ Vd. NAVARRO ROS, A. (2015). Aspectos civiles del contrato de permuta financiera de tipos de interés (Tesis doctoral). Universidad de Murcia (pgs. 185-193); AMADEO, F. (2013). El contrato de swap como tipo de derivado. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid (pgs. 212-216); IGLESIAS RODRIGUEZ, R. y DIAZ RUIZ, E., “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (swaps). *Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 20/2011 (Sec. 1ª), de 18 de enero de 2011*”, en Uria Menéndez (2011)

Es decir, es cierto que llegado el momento de liquidar sólo uno se beneficiará del negocio, pero al inicio ambas partes se obligan frente a la otra porque tienen la expectativa de ganancia económica. Con lo cual, esperan que el resultado de la operación sea más oneroso para la otra parte y, por consiguiente, que sea esta quien tenga que cumplir con la obligación de pago.

Asimismo, como apunta AMADEO, F., en el caso extremo de que los tipos de cambio o de interés resulten negativos siempre para la misma parte, en cuyo caso la obligación de pago aparecerá como una obligación unilateral, pues solo una de las partes cargará con ella. En ese caso, apunta, que se podría pensar que se trata de un contrato unilateral.

Ahora bien, continúa diciendo que esa interpretación de la naturaleza del contrato negaría profundamente la voluntad de las partes, que como se ha dicho ya, en el momento de concluir el contrato se obligan recíprocamente a pagar el diferencial. Aunque posteriormente la evolución de los tipos haga que sólo una de las partes se vea obligada a cumplir, no puede afirmarse que la obligación inicial que asumen no sea recíproca, pues si llegado el momento se revierte la evolución de los tipos a favor de la parte que siempre había venido asumiendo la obligación de pago, se trocarán sus posturas siendo la contraparte quien asuma la obligación y podrá exigírsele el cumplimiento.

Si se afirma que el contrato es unilateral se afirma que una de las partes nunca asumirá la obligación de pago. Si es unilateral, en el ejemplo que se apuntaba, la parte que había venido favoreciéndose de la evolución de los tipos de interés nunca debiera pagar el diferencial, pues si el contrato se define como unilateral sólo una de las partes carga con obligaciones y la otra no, cosa que no ocurre en el swap, pues llegado el momento incierto, teóricamente ambas pueden ser las que abonen la cantidad.

En mi opinión, visto así, es evidente que las dos partes asumen obligaciones recíprocas, pues la base del contrato de swap es la correlación entre ambas.

Además de la doctrina, también existen sentencias (jurisprudencia menor) que afirman la bilateralidad del contrato. Algunas de ellas no han sido dictadas en sede concursal, sino sentencias civiles o mercantiles que se limitan a analizar la forma en que se prestó el consentimiento y la posible existencia de vicios en el mismo. Al estudiar esta cuestión, habitualmente comienzan conceptualizando el contrato de swap y su

naturaleza jurídica, y al hablar de esta apuntan que, entre otros caracteres, el contrato de swap es bilateral³⁷.

Ahora bien, también se han dictado otras en sede concursal contrarias a las sentencias del TS del 8 y 9 de enero de 2013. De hecho, antes de estas sentencias la mayoría de la jurisprudencia menor consideraba que los créditos originados con posterioridad a la declaración del concurso como consecuencia de la permuta financiera eran créditos contra la masa³⁸, a salvo de la SAP de Barcelona, de 9 de febrero de 2011³⁹, que es la que confirman estas sentencias del TS⁴⁰.

1.3. ¿Es el contrato de swap sinalagmático?

Dicha característica se encuentra íntimamente relacionada con la anterior por ello se comentará brevemente. Es sinalagmático aquel contrato que obliga recíprocamente a ambas partes, siendo la obligación de cada una de ellas la causa de la otra. Es decir, en las obligaciones sinalagmáticas existe una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes, cada parte elige obligarse a una prestación a cambio de que la otra parte asuma también una⁴¹.

³⁷ Ejemplos de esta jurisprudencia son, entre otras: el FJ. 7º de la SAP Madrid (Sec. 10ª), núm.44/2014 de 18 de febrero (AC\2014\782) que al hablar de las características que determinan la naturaleza jurídica del contrato de swap apunta que es un contrato “bilateral, generador de recíprocas obligaciones y sinalagmático”. También, la SAP A Coruña (Sec. 4ª), núm. 417/2012 de 19 de octubre que habla de las “recíprocas prestaciones de las partes” (en su FJ. 3º); SAP Zaragoza (Sec. 5ª), núm. 399/2011 de 20 de junio (JUR\2011\245705): “Es, por ello, un contrato sinalagmático (obligaciones recíprocas)” (FJ.4º).

³⁸ Ejemplo de esa jurisprudencia es la sentencia, antes mencionada, de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 5ª), núm. 629/2010 de 26 octubre, que dice: “ Sin embargo, si asistimos a una liquidación u "operación de swap" durante el concurso, estaríamos ante el cumplimiento de una obligación recíproca del concursado -en su caso-, lo que podría situar a ese crédito del tercero en la calificación de "crédito contra la masa"; como se colige del citado art. 84-5º y 6º de la L. Concursal. En tanto no se resuelva el contrato”; también, la SAP de Valencia de 20 de enero de 2011 (AC\2011\306); o la SAP Pontevedra, de 13 de octubre (AC\2010\1778); entre otras.

³⁹ SAP de Barcelona (Sec.15ª), núm. 51/2011 de 9 febrero (JUR 2011\328443).

⁴⁰ Cf. REDONDO TRIGO, F., “Swap y Synalagma”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 738, págs. 2771 a 2790. Estudios jurisprudenciales (DERECHO MERCANTIL).

⁴¹ Vd. DE PABLO CONTRERAS, P. “El incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Editorial COLEX, Madrid, 2011.

Esto significa que en estos contratos las partes aparecen como acreedor y como deudor, además por ello es de aplicación la “exceptio non adimpleti contractus”⁴². En mi opinión, es evidente, por todo lo mencionado anteriormente, que ambas partes asumen obligaciones interdependientes entre ellas en el contrato de swap, siendo la causa de las mismas la asumida por la otra parte.

Ahora bien, el problema surge cuando se alcanza un análisis más profundo de las obligaciones sinalagmáticas. Como bien se ha comentado, las SSTS de 8 y 9 de enero de 2013, hacen referencia a la tradicional diferenciación entre sinalagma genético y sinalagma funcional⁴³.

Por regla general, el sinalagma funcional exige que las obligaciones sinalagmáticas se cumplan de manera simultánea⁴⁴. Ahora bien, esta regla encuentra excepciones⁴⁵, siendo posible que las prestaciones se cumplan de forma sucesiva, pero no simultánea, ya sea por el negocio jurídico, por los usos del tráfico o por la propia naturaleza del contrato.

Ese distanciamiento temporal entre las prestaciones en un contrato de swap no puede negar la existencia de la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones porque, como se ha comentado en repetidas ocasiones, la razón de ser de cada prestación siempre será que pueda nacer otra para la contraparte dependiendo de la evolución del activo subyacente.

Como se explicaba, aún en el caso extremo en que las prestaciones recaigan siempre sobre la misma parte, dichas prestaciones se seguirán llevando a cabo sin ningún título de liberalidad, sino porque el riesgo que se asume en este contrato podrá recaer en signo negativo para la otra parte en posteriores liquidaciones. El hecho de que la obligación de pagar pueda recaer sobre una sola de las partes no supone la inexistencia del carácter sinalagmático, sino que es consecuencia de la aleatoriedad que lleva intrínseca este contrato.

⁴² Es decir, la parte que incumple con su obligación no puede exigir que la otra cumpla la suya. En caso de que exigiera dicho cumplimiento la otra parte puede oponerse alegando esta excepción.

⁴³ Esta distinción entre ambos sinalagmas surge en el S.XIX en la doctrina alemana (BECHMANN).

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, la STS, núm. 1033/1994 de 18 noviembre (RJ 1994\9322).

⁴⁵ Cfr. la STS 9 diciembre 1988 (RJ 1988\9331), que dijo: “es cierto que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas deben llevarse a cabo de modo simultáneo (...) salvo que, la ley o el contrato mismo determine otra cosa”.

En mi opinión, todo este conflicto viene derivado de una deficiente regulación del swap, sobre todo, deficiente la regulación concursal porque no fija la calificación que merecen los créditos derivados de este negocio. Como se comentó, si se afirma el carácter recíproco de la obligación y, por tanto, se aplica el art. 61.2 LC las consecuencias son devastadoras (probablemente la descapitalización del concursado). Para evitar ese resultado, la única solución es eludir la aplicación de la norma, lo cual sólo puede conseguirse negando que el contrato sea bilateral, generador de recíprocas obligaciones y, por tanto, sinalagmático. A mi parecer, esa es la razón que motiva el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

1.4. La naturaleza aleatoria del swap

Dentro de los contratos onerosos podemos distinguir entre conmutativos y aleatorios. Son conmutativos aquellos en los que la equivalencia entre las prestaciones de ambas partes está fijada desde el principio de la relación, en estos contratos, las partes conocen perfectamente cuál será el sacrificio y el beneficio que les reportará el contrato (p.ej. compraventa). Por el contrario, en los contratos aleatorios (art. 1790 Cc) la relación de equivalencia no está fijada de antemano, sino que depende de un acontecimiento incierto, corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o pérdida⁴⁶.

Aunque gran parte de la doctrina y jurisprudencia considera que el contrato de swap es aleatorio, cabe decir que esta cuestión también es debatida.

Algunos autores distinguen entre permutas de divisas y de tipos de interés, para indicar que las primeras carecen de aleatoriedad, en su opinión, no existe incertidumbre en esos casos porque las partes ya conocen los tipos de cambio que se aplicarán a la conclusión del contrato. Para esta opinión, sí existiría aleatoriedad en las permutas de tipos de interés, ya que a ambas partes se les aplicará un tipo distinto que dependerá de la evolución de los tipos de interés. A mi parecer, ambos tipos son aleatorios, pues en el swap de divisas el resultado va a depender de la evolución de los tipos de cambio, evento igual de incierto que la evolución de los tipos de interés, por mucho que los contratantes conozcan el tipo de cambio a aplicar no sabrán si la operación les resultará beneficiosa hasta que no sepan cómo evolucionan los tipos de las diferentes divisas.

⁴⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “El contrato” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Editorial COLEX, Madrid, 2011.

Afirmar lo contrario sería como decir que el swap de tipos de interés no es aleatorio porque las partes ya conocen de antemano el tipo a aplicar sobre el nocional.

Otros, desde un punto de vista más subjetivo, consideran que el contrato no es aleatorio porque no es este el fin que buscan las partes, es decir para esta postura los contratantes no buscan la incertidumbre. Esta interpretación, en mi opinión, además de subjetivista se referiría sólo a los swaps de cobertura del riesgo, pues es el único supuesto en el que las partes contratan el swap como instrumento aportador de estabilidad en el mercado volátil. Y, aún con esta puntualización, la interpretación no es correcta, pues la intención de las partes no evita la aleatoriedad del contrato (seguirá existiendo incertidumbre acerca de la evolución del activo subyacente).

Incluso se ha llegado a afirmar⁴⁷ que el contrato de swap más que aleatorio es determinable (art. 1273 Cc), en el sentido de que el contrato aporta todos los parámetros para determinar su objeto, por ejemplo, en el caso de los tipos variable sería indeterminado, pero determinable.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina⁴⁸ considera que el contrato es aleatorio, puesto que los contratantes se exponen a la incertidumbre en diferentes sentidos:

- En primer lugar, es incierto cuál de las dos partes del contrato deberá cargar con la prestación onerosa, puesto que sólo una vez que se conozca el elemento aleatorio podrán saber a quién de las dos le resulta económicamente rentable.

- En segundo lugar, la aleatoriedad opera también sobre la cuantía de la pérdida o la ganancia. Es decir, es incierto cuál de las partes cargará con la prestación, pero también es incierta la pérdida o la ganancia que les supondrá. En el caso del swap de tipos de interés es incierta, incluso, la prestación que habrá de aportar la parte que aplique el tipo variable. En el de divisas, aunque dicha prestación sí es conocida por las partes, hasta que no conozcan la evolución del tipo de cambio no conocerán hasta qué punto les ha resultado beneficiosa o perjudicial la operación.

⁴⁷ CLAUDI ROSSELL I PIEDRAFITA, F.M. “La caracterización jurídica de los derivados OTC : algunas reflexiones a propósito del voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014”, en *La Ley mercantil*, N.º. 7 (octubre), 2014, págs. 102-112.

⁴⁸ Entre otros: REDONDO TRIGO, F., “Swap y Synalagma”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 738, págs. 2771 a 2790. Estudios jurisprudenciales (DERECHO MERCANTIL); AMADEO, F. (2013). El contrato de swap como tipo de derivado. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid; NAVARRO ROS, A. (2015). Aspectos civiles del contrato de permuta financiera de tipos de interés (Tesis doctoral). Universidad de Murcia.

Teniendo todo esto en cuenta se puede afirmar el carácter aleatorio del contrato⁴⁹. Ahora bien, la doctrina que admite este componente aleatorio, expone que la bilateralidad del contrato no se ve afectada por este aspecto. El contrato es aleatorio porque hasta que no se verifica el hecho incierto las partes no conocen su pérdida o ganancia, pero también es bilateral porque ambas partes se han obligado al inicio, aunque sea el alea la que finalmente determine quién acarreará con la prestación en cada una de las liquidaciones⁵⁰.

1.5. Autónomo o independiente

Como ya se comentaba más arriba, el contrato es independiente, es decir no depende de otro contrato para desplegar sus efectos, para generar obligaciones susceptibles de cumplimiento. Por lo tanto, el hecho de que el contrato de swap, sobre todo en su función de cobertura del riesgo, suela aparecer vinculado a una operación de endeudamiento no significa que uno necesite del otro, el swap generará obligaciones independientes cuyo cumplimiento puede ser exigido, sin que se vea afectado el contrato al que está vinculado.

Ello significa que una vez concluido el contrato de financiación podrá subsistir el swap, evidentemente será con otra finalidad, por ejemplo especulativa, pues desaparecido el préstamo ya no se puede hablar de cobertura del riesgo. A pesar de esta posibilidad, lo cierto es que, lo más habitual, será que el swap se extinga una vez amortizado el préstamo.

⁴⁹ Entre otras sentencias, la STS núm. 491/2015 de 15 septiembre (RJ 2015\3993), que apunta: “En primer lugar, la incertidumbre acerca de la evolución del mercado es connatural al componente aleatorio del contrato de Swap, en el que las liquidaciones a favor o en contra del cliente van a depender de la evolución de los tipos de interés escogidos como referencia. (...) Como ya apuntamos en el fundamento jurídico anterior, es muy difícil apreciarlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, pues la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia”.

⁵⁰ REDONDO TRIGO, F. opina al respecto: La configuración del alea en el swap, puede implicar, efectivamente que una de las partes no tenga que realizar prestación en un determinado momento temporal, o incluso, durante la totalidad de la duración de este instrumento financiero particular (como por ejemplo, en el contrato de seguro donde durante la vigencia de la póliza no se produce el siniestro objeto de cobertura), pero ello, no puede suponer que no exista una bilateralidad funcional, ya que es el evento fortuito querido y asumido por las partes el que origina aleatoriamente el cargo de la prestación debida, recíprocamente asumida”.

2. Especial referencia a la normativa MiFID

2.1. Introducción al marco normativo

Como ya se ha ido comentando, el contrato de permuta financiera surge en un contexto de relaciones entre grandes empresas, sin embargo, su gran difusión se produce en un contexto bancario, siendo la entidad la que ofrece el producto a sus clientes, principalmente con la finalidad de cubrir el riesgo de otros productos contratados (principalmente para conseguir con la permuta una reestructuración del crédito).

El resultado de esta masificación de la permuta financiera fue que alcanzó a personas totalmente ajenas a este entorno, incapaces de comprender el alto riesgo que asumían, en algunos casos, incluso, confundiendo la permuta por la contratación de un seguro frente a las subidas de los tipos de interés.

Conocedores del peligro, los poderes públicos deciden promulgar una normativa sobre contratación de instrumentos financieros. Dentro de este grupo normativo se pueden diferenciar dos etapas: la normativa pre-MiFID y la normativa MiFID⁵¹.

La normativa MiFID viene recogida en la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores. Dicha Ley incorporó al ordenamiento jurídico español tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007. Esta normativa creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

Sin embargo, antes de producirse esta armonización, ya existía normativa española que perseguía el mismo objetivo, el de imponer a las entidades financieras una serie de obligaciones en las relaciones con sus clientes (tanto pre-contractuales como post-contractuales), todas ellas tendentes a proporcionar la mayor información y transparencia en sus relaciones. Viéndose obligadas a informarse sobre el tipo de cliente

⁵¹ Vd., RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Los swaps también han de cumplir la directiva MiFID: STJUE 30 de mayo 2013”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2013, parte Comentario, 2013; BERROCAL LANZAROT, A.I., “La permuta financiera (swap) y su eventual ineficacia”, en *Actualidad Civil*, nº7-8, Sección Estudios de Jurisprudencia, del 1 de jul. al 31 de Ago. 2014, pág. 840, tomo 2, Editorial LA LEY; NAVARRO ROS, A. (2015). Aspectos civiles del contrato de permuta financiera de tipos de interés (Tesis doctoral). Universidad de Murcia.

con el que contratan para proporcionarle un asesoramiento personalizado (acorde a sus necesidades y conocimientos).

2.2. Normativa pre-MiFID

Esta normativa venía recogida en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y es aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID, por ello es importante su análisis, porque dependiendo de la fecha de contratación del producto la normativa aplicable puede ser esta.

Dicha legislación incluía a la permuta financiera dentro de su ámbito de aplicación, en concreto aparecía en el art. 2.b) Ley 24/1998. Además, el art. 78.1, imponía a quienes prestasen “servicios de inversión el respeto a las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo; a los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta”.

Asimismo, el art. 79.1 bajo la rúbrica “Obligación de diligencia y transparencia” establecía la obligación de las entidades de comportarse con “diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo”⁵².

Con lo cual, la mencionada norma ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a las permutas financieras. Como bien apunta la STS 310/2016 de 11 de mayo (RJ\2016\1959) (en el caso enjuiciado es de aplicación esta normativa): “al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que

⁵² La normativa de desarrollo estaba recogida en el Real Decreto 629/1993, 3 de mayo (vigente hasta el 17 de febrero de 2008 derogado por el Real Decreto 217/2008, 15 de febrero). El art. 16.1 de este Real Decreto también recogía la obligación de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen “un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés, y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación”. Actuando a la hora de informar “con toda la diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones”.

contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía”.

Por lo tanto, ya entonces recaía sobre las entidades financieras la obligación de realizar un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente que permitiera a la entidad conocer el perfil del inversor y asegurarse de que el producto ofrecido era adecuado para el mismo.

Además de realizar dicho examen, el banco debía explicar adecuadamente al cliente los riesgos que asumía al contratar el producto, advirtiéndole de las graves consecuencias patrimoniales que podría acarrear una eventual bajada del Euribor. De hecho, el Tribunal Supremo considera en la sentencia mencionada que la normativa posterior (MiFID): “A lo sumo, acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa”. Dicha afirmación hace comprender que las obligaciones que recaían sobre las entidades financieras con anterioridad a la transposición ya eran muy rigurosas.

Esta normativa, además de estar compuesta por la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores (posteriormente modificada por la incorporación a nuestro ordenamiento de la normativa europea), se formaba por otras normas como el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (vigente hasta el 17 de Febrero de 2008). Dicho Real Decreto establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Estas empresas debían actuar de acuerdo a los siguientes principios: de forma imparcial, con buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia. Además, como se ha

comentado, debían recabar información de sus clientes referente a su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión⁵³.

Por último, cabe apuntar que el incumplimiento de esta normativa acarrea las mismas consecuencias que la vulneración de la normativa MiFID, así lo expone la STS de 11 de mayo de 2016. La consecuencia, como se expondrá más adelante, es que el error del cliente se presume⁵⁴.

2.3. Normativa MiFID

Derogada esta normativa aparece la normativa MiFID⁵⁵ (dicho acrónimo corresponde a su denominación inglesa: *Markets in Financial Instruments Directive*), viene recogida principalmente en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos

⁵³ En concreto, el art. 5 del Anexo del RD 629/1993 era el que se encargaba de regular el deber de información de las entidades financieras, dicho precepto se encontraba dividido en siete apartados, siendo los siguientes los más relevantes: “1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos” (...) “3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos”.

⁵⁴ Vd. STS núm. 769/2014 de 12 enero (RJ\2015\608), en esta otra sentencia también se aplicó la normativa pre-MiFID a un producto derivado distinto de la permuta financiera, pero la doctrina que sienta sobre el contenido del deber de información y sus consecuencias es subsumible a cualquier contrato de productos bancarios complejos. Una cuestión relevante que afirma esta sentencia es que la información que debe proporcionar la entidad bancaria al cliente debe ser entregada con suficiente antelación para evitar su incorrecta interpretación. Por lo tanto, el hecho de que la entidad bancaria haya entregado información sin proporcionarle al cliente un tiempo suficiente para su comprensión tiene las mismas consecuencias que no habérsela aportado, pues incumple el deber de información de igual modo. El Alto Tribunal equipara la omisión de información con la entrega de información sin antelación suficiente de la siguiente manera: “ (...) en tal caso, la omisión de esa información, **o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente**, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico” (F.J.7º.7).

⁵⁵ Cabe mencionar que ha existido un debate jurídico sobre la inclusión de los swaps en el ámbito de aplicación de la normativa MiFID, pero dicho debate fue zanjado por la STJUE de 30 de mayo de 2013. Algunas de las entidades de crédito justificaban el incumplimiento de esta normativa precisamente porque consideraban que la MiFID se dirige a armonizar el mercado de inversión, mientras que la permuta financiera, lejos de ser un producto de inversión, constituía uno de cobertura. Sin embargo, como se ha dicho, el TJUE considera que sí es aplicable la normativa a las permutas financieras.

financieros⁵⁶, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.

Como se ha comentado, la directiva fue transpuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Dicha ley entró en vigor el día 21 de diciembre de 2007, constituyendo uno de sus pilares fuertes el Capítulo I, Título VII, que recoge las “Normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión”.

En el art. 78 TRLMV se encuentran los sujetos obligados, sin embargo el art. 78.bis recoge el **deber de clasificación de los clientes**. La importancia de este nuevo precepto es que recoge una distinción entre cliente minorista y cliente profesional⁵⁷, siendo obligación de las entidades clasificar a sus clientes en una u otra categoría, pues el comportamiento respecto de unos y de otros no es el mismo, siendo más riguroso el debido hacia los minoristas, puesto que constituyen el grupo de clientes inexpertos en el mercado financiero⁵⁸.

Según el precepto “tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”. El apartado tercero incluye una lista abierta de clientes profesionales. Por último, el apartado cuarto

⁵⁶ El considerando 3 de la mencionada Directiva dice: “(3) En los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos. Esta evolución aconseja ampliar el marco jurídico de la Unión Europea, que debe recoger toda esa gama de actividades al servicio del inversor. A tal fin, conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de servicios de inversión presten servicios en toda la Unión Europea, ya que se trata de un mercado interior, tomando como base la supervisión del país de origen”.

⁵⁷ La norma habla de un tercer tipo de clientes que son las contrapartes elegibles, cuya regulación se halla en el art. 78 ter TRLMV. En el mencionado precepto se recoge una lista de clientes que pueden ser considerados contrapartes elegibles, entre los que se encuentran, por ejemplo: las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión..., con lo cual, es un tipo de cliente próximo al que consideramos profesional.

⁵⁸ Según el art. 61 RD 217/2008: “(...) las entidades que presten servicios de inversión deberán notificar, o haber notificado, a sus clientes existentes y a los nuevos, la clasificación de clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles que establezcan (...)”. Además, este mismo artículo recoge la obligación de las entidades de informar a los clientes de su derecho a reclasificación, puesto que los mismos pueden exigir una clasificación distinta.

recoge de forma negativa a los clientes minoristas, siendo aquellos que no se pueden calificar como profesionales.

A partir de esta diferenciación la norma regula una serie de obligaciones, de **diligencia y transparencia** (art. 79), lo cual significa que deben actuar de conformidad a los parámetros de conducta exigibles a un ordenado y leal empresario; **de información** (art. 79.bis); **obligación de informarse acerca de sus clientes**, que se materializa en los llamados test de conveniencia⁵⁹ y de idoneidad⁶⁰. Dichos tests están compuestos por una serie de preguntas dirigidas al cliente mediante las cuales la entidad financiera se informa acerca de los conocimientos y experiencia del sujeto, lo que le permite valorar si el producto es adecuado para su perfil.

El test de conveniencia (que es el que tiene por objetivo valorar los conocimientos y experiencia del cliente referentes a la contratación de productos financieros complejos) es preceptivo sólo en el caso de clientes minoristas, si el cliente es profesional la entidad puede presumir que posee dichos conocimientos (art. 79.bis.6 LMV, dice: “En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente”)⁶¹. Sin embargo, el test de idoneidad es aplicable para ambos tipos de clientes.

Asimismo, en este marco normativo se debe tener en cuenta el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, pues refuerza de forma reglamentaria la protección de los inversores. En concreto, son de interés los arts. 58 a 81 incluidos en el Título IV, nombrado nuevamente: “Normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión”.

⁵⁹ El test de conveniencia, según el art. 73 del Real Decreto 271/2008, será el que determine si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. Este test de conveniencia no es necesario si el cliente es clasificado como profesional.

⁶⁰ El test de idoneidad viene regulado por el art. 72 del Real Decreto 271/2008, persigue que la entidad pueda conocer qué servicios o instrumentos son más convenientes para el cliente, pudiendo así recomendarle el que más se acomode a sus conocimientos y experiencia, a su situación financiera y a sus objetivos de inversión.

⁶¹ En el mismo sentido lo recoge el art. 35.2 de la Directiva 2006/73/CE.

2.3.1. Nueva regulación del deber de información

En este apartado se va a hacer referencia a la normativa específica del deber de información que deben cumplir las entidades financieras en las relaciones con sus clientes, incluso con los potenciales. Dicha información debe ser comprensible y adecuada, de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación con ese instrumento (Art. 79.bis LMV).

Por su parte, el RD 217/2008 también habla de las obligaciones de información a clientes y clientes potenciales (arts. 60 a 79). Allí se menciona que la información debe ser imparcial, clara y no engañosa⁶², completa, exacta y comprensible. Además, no debe destacar los beneficios potenciales de la operación, sino que también deberá versar sobre los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. Según el art. 66 también debe informarse sobre los costes y gastos asociados al instrumento financiero.

A este conjunto normativo regulador del deber de información se debe unir la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En concreto, el art. 24 rubricado “Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés”, obliga a la entidad a informar al cliente sobre: la naturaleza del instrumento de cobertura, con lo cual si el instrumento supone un límite al alza o a la baja de los tipos de interés, deberá informarse de manera clara sobre este extremo; su duración, incluidas las condiciones de prórroga o renovación; en su caso, la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe; las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento; la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.

La mencionada legislación acerca del deber de información va a ser determinante a la hora de analizar los vicios del consentimiento y la jurisprudencia sobre permutas financieras, pues el incumplimiento de estas obligaciones determinará, en la mayoría de los supuestos, la existencia de error en el consentimiento.

⁶² El art. 60 RD 217/2008 recoge los requisitos que debe reunir dicha información para ser considerada clara, imparcial y no engañosa.

2.3.2. Contenido del deber de información según la jurisprudencia

La jurisprudencia ha interpretado toda esta normativa MiFID y pre-MiFID para precisar de qué forma debe proporcionarse esa información:

En primer lugar, tal y como se ha comentado a pie de página (cita número 59, *supra*), el Tribunal Supremo ha afirmado en su sentencia de 12 de enero de 2015 que la información debe ser exacta, completa, clara y debe proporcionarse con antelación suficiente, puesto que si se incumple cualquiera de estos requisitos la entidad habrá infringido su deber de información.

En segundo lugar, según la STS de 22 de octubre de 2015⁶³, la información debe ser comprensible y adecuada, debiendo incluir una advertencia sobre los concretos riesgos que asume el cliente al contratar el swap, debiendo cerciorarse la entidad de que es capaz de comprenderlos. Concreta aquí que esto no significa que el banco deba facilitar al cliente una previsión de evolución de la variable económica a la que se vinculaba el swap (cuestión que ya ha manifestado en otras sentencias como: núm. 385/2014, de 7 de julio (RJ 2014\4313) y núm. 110/2015, de 26 de febrero (RJ 2015\953)).

Por lo tanto, el banco no incumple con su deber por no informar al cliente sobre la posible evolución de los tipos de interés⁶⁴, el cliente no puede basar su alegación en que desconocía cuál sería la evolución del Euribor, pues esa incertidumbre forma parte de la naturaleza del contrato aleatorio. Sin embargo, la entidad sí incumplirá su deber si no informa clara y comprensiblemente de los riesgos a su cliente y si no se cerciora de que efectivamente lo ha comprendido (art. 79.bis. la información debe ser “imparcial, clara y no engañosa”).

Asimismo, según la STS 535/2015, de 15 de octubre (JUR 2015\5030) “la intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil

⁶³ STS núm. 549/2015 de 22 octubre. (RJ 2015\5600) esta sentencia se pronuncia acerca del alcance del deber de información recogido en el art. 79.bis LMV.

⁶⁴ La STS de 22 octubre de 2015 puntualiza lo siguiente: “el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente”.

inversor”. Con lo cual, a la hora de aportar la información la entidad debe cumplir con este deber más rigurosamente si el cliente es inexperto o minorista.

En tercer lugar, es necesario que el banco explique al cliente que los intereses de ambos se encuentran en conflicto, dado que cuando la aleatoriedad del contrato actúe lo hará sólo en beneficio de uno. Es decir, la entidad financiera debe asegurarse de que el cliente entiende que si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia (el de la entidad) es acertado sólo le beneficiará a ella y que él sufrirá con ello una pérdida (STS 22 de octubre de 2015).

En cuarto lugar, el cliente debe conocer cuál es el valor de mercado inicial del swap o, al menos, la cantidad que deberá pagar en concepto de indemnización por la cancelación anticipada (pues muchas de las demandas basan sus pretensiones en que el cliente no conocía el coste de cancelación anticipada y, como se analizará, el error que recaiga sobre este extremo se considera esencial). Como apunta la jurisprudencia, conocer el coste de cancelación le permite al cliente calibrar el riesgo que asume al contratar.

En quinto lugar, “El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, de una cuantía considerable”. O sea, antes de contratar, el cliente debe entender que el riesgo que asume es ilimitado y que, además, se puede materializar en graves consecuencias patrimoniales.

Por último, añadir que carecen de valor las cláusulas predispuestas por el banco en las que el cliente declara tener los conocimientos necesarios para comprender los riesgos de la operación. La propia STS 12 de enero de 2015 declara al respecto: “La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente”.

De forma resumida, para la jurisprudencia estas son las obligaciones que se derivan del deber de información. Toda la normativa a la que se ha hecho referencia en este bloque compone la normativa específica, ya que recoge las obligaciones que deben cumplir las entidades a la hora de comercializar productos de inversión.

Ahora bien, ello no significa que sobre dichas entidades no recaigan otras obligaciones que se derivan de la normativa básica. Es decir, como se trata de un contrato de adhesión también es aplicable la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación⁶⁵. Además, si el cliente es consumidor se aplicará toda la normativa de protección a los consumidores⁶⁶. Evidentemente, también el Código Civil, pues como se comenta a continuación, es el que regula los vicios del consentimiento, además de la obligación general de comportarse con buena fe y lealtad (Art. 7 Cc), aplicable a ambas partes, aunque cobra especial importancia la de las entidades financieras en las relaciones con sus clientes.

Dicho todo ello se da paso al siguiente bloque sobre la ineficacia de los contratos de permuta financiera.

VI. LA INEFICACIA DEL CONTRATO: EL CONSENTIMIENTO Y SU VALIDEZ

1. Introducción

En este apartado se va a hacer referencia a los requisitos de validez y eficacia del contrato de swap. En primer lugar, para poder comprender los problemas referentes a la declaración de la voluntad contractual, se va a resumir la teoría general sobre los requisitos del contrato⁶⁷.

⁶⁵ En concreto, son de interés para este trabajo el art. 7 de la LCGC, que dice: “No quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales: que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Además, el art. 8 de la LCGC dice: “Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

⁶⁶ En cuanto a la normativa de protección de consumidores, son reseñables los arts. 8.b) y d) del Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre, pues allí se recoge como derecho básico del consumidor el ofrecerle la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios. Sin olvidar, además, los arts. 82 a 90 que son los que regulan las cláusulas abusivas y su tratamiento jurídico, de hecho, allí se recoge una lista abierta de condiciones que la ley considera abusivas.

⁶⁷ Como ya se apuntó más arriba, algunos contratos no sólo requerirán de estos tres requisitos para ser válidos, sino que, además, la ley podrá exigirles una determinada forma de solemnidad. Sin embargo, este no es el caso de la permuta financiera, con lo cual, no se va a ahondar en esta cuestión.

Como bien es sabido, el art. 1261 Cc recoge los elementos esenciales para la validez del contrato, que son: consentimiento, objeto y causa. Con lo cual, si el contrato carece de alguno de estos requisitos, este será nulo por inválido e ineficaz (no siempre será así, si lo que concurrieran fueran deficiencias sobre los elementos esenciales el contrato será anulable y no nulo, que es precisamente lo que ocurre con los swaps)⁶⁸.

Hecha esta breve introducción, el trabajo se va a centrar en el requisito del consentimiento, por ser su objeto, ya que es el que más problemática ha suscitado en el plano práctico.

2. El consentimiento contractual⁶⁹

El consentimiento contractual o la declaración de voluntad contractual se puede definir como aquella manifestación que hace cada una de las partes a favor de la celebración del contrato, por lo tanto, explica sus efectos vinculantes. Con lo cual, el contrato (el negocio jurídico) se va a componer de las distintas declaraciones de las partes que expresan sus diferentes intereses jurídicos.

Sobra decir que son presupuestos imprescindibles para la declaración de voluntad: en primer lugar, que exista pluralidad de partes; y, en segundo, que ninguna de ellas carezca de capacidad de obrar (vd. art. 1263 Cc).

Dicho esto, se resume brevemente la definición general de vicios del consentimiento, para después entrar a definir el error y el dolo (que son los que interesan a este trabajo), junto con sus requisitos, para finalmente analizar las resoluciones jurisprudenciales acerca de estos vicios en los contratos de swap.

3. Vicios del consentimiento

Como ya se ha comentado, uno de los requisitos de validez del contrato es el consentimiento. Para que la declaración de voluntad sea válida deberá ser prestada de forma consciente, racional y libre. Se habla de vicios del consentimiento para referirse a aquellas circunstancias que hacen que el consentimiento no reúna dichos caracteres. De

⁶⁸ En principio, concurriendo estos tres requisitos el contrato surtirá efectos y será fuente de obligaciones entre las partes. Ahora bien, existirán supuestos en los que el contrato no despliegue sus efectos temporalmente por carecer de algún requisito de eficacia (ej. contrato sometido a condición suspensiva).

⁶⁹ Vd. DE PABLO CONTRERAS, P., “Requisitos del Contrato” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Editorial COLEX, Madrid, 2011.

esta manera, si el consentimiento no es consciente se estará en presencia de error o dolo; mientras que si no es libre se hablará de violencia o intimidación⁷⁰.

El contrato que se vea afectado por un vicio del consentimiento será anulable, pero sólo podrá ser impugnada la ineficacia del negocio jurídico por la parte que sufra el mencionado vicio. Para DE PABLO CONTRERAS, P., la anulabilidad no supone la inexistencia de voluntad en el sujeto que sufrió el vicio, sino que sí existe, dicho sujeto presta su voluntad, pero no es plenamente consciente o no plenamente libre⁷¹.

Esta consecuencia jurídica supone que el negocio despliega sus efectos, pero estos estarán supeditados a que la parte que sufre el vicio lo impugne judicialmente, por ello el art. 1300 Cc habla de que “pueden ser anulados”. Para este trabajo sólo son de interés los vicios que afectan a la consciencia, es decir, el error y el dolo, que se pasan a analizar.

3.1. Error del consentimiento

El error es una falsa representación de las cosas, por tanto quien sufre este vicio, es decir, quien declara su voluntad de contratar es la parte a la que se le representa la realidad de forma equivocada. Con lo cual, de haber percibido la realidad de las cosas de forma adecuada no hubiera contratado.

El Código, en su art. 1.266, recoge una serie de requisitos para que el error pueda invalidar el contrato. Según el precepto el error “deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo”⁷².

El error debe producirse en el momento de contratar, no pudiendo sufrirse por acontecimientos posteriores a su celebración. Además, la apreciación del mismo debe ser restrictiva para preservar la seguridad jurídica, pues no se puede olvidar que las partes al contratar se someten a una “lex privata”, a lo que han pactado, consecuencia

⁷⁰ Son mencionados por el art. 1.265 Cc, que expone: “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

⁷¹ Distinto tratamiento jurídico se le da a la violencia que “arranca el consentimiento empleando una fuerza irresistible” (art. 1.267 Cc), la cual provoca la nulidad absoluta del contrato.

⁷² Además, dentro del error se puede distinguir entre: el error motivo que afecta a la formación de la voluntad, con lo cual la razón por la que presta el consentimiento es porque padece este error; y el error obstativo, en este caso existe discordancia entre la voluntad interna y la voluntad externa, es decir, el sujeto cree estar prestando el consentimiento de algo que quiere, no siendo así realmente.

del ejercicio de su libre autonomía de la libertad (art. 1.255 Cc). Precisamente por el respeto al “pacta sunt servanda” deben imponerse unos requisitos muy rigurosos, pues la consecuencia de apreciar error en el consentimiento será la de invalidar el contrato⁷³.

Por ello, se apuntaba que no cualquier error invalidará el contrato, sino que será necesario que cumpla una serie de requisitos⁷⁴:

1.- En primer lugar, el error debe recaer sobre el objeto o materia propia del contrato, es decir “sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo” (STS 588/2015, de 10 de noviembre).

2.- Además, el error ha de ser **esencial**, “en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa” (STS 66/2016 de 16 de febrero).

3.- Asimismo, aunque el art. 1.266 Cc no lo exige, la jurisprudencia ha considerado que el error debe ser **excusable**. Este requisito está conectado con el principio general de buena fe, lo que significa que dicho error no se puede evitar mediante el empleo de una diligencia media o regular. “Por ello, la jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba”⁷⁵.

Por lo tanto, se requiere que sea inimputable a la parte que lo padece, no protegiéndose a quien no ha empleado la diligencia media. Este requisito alberga gran importancia en los supuestos de anulación de la permuta financiera por concurrir error en el consentimiento, ya que a la hora de determinar la excusabilidad de este vicio hay que tener en cuenta la condición de las partes (en este caso, si la persona que contrata es experta en la materia), no solo de la que lo invoca, sino también de la contraparte, pues

⁷³ Vd. LORRIO, A. “La apreciación restrictiva del error invalidante en los contratos de swaps”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 862/2013 parte Tribuna, 2013.

⁷⁴ Vd. STS núm. 66/2016 de 16 febrero. (RJ 2016\549); STS núm. 623/2015 de 24 noviembre (RJ 2016\113); STS núm. 588/2015 de 10 noviembre. (RJ 2015\5159), STS núm. 613/2015 de 10 noviembre. (RJ 2015\4960), entre otras.

⁷⁵ Cfr. FJ. 2º de la STS núm. 315/2009 de 13 mayo (RJ 2009\4742) o FJ 3º de la STS núm. 66/2016, de 16 de febrero.

como dice la STS de 14 de febrero de 1994⁷⁶, las afirmaciones de esta o la confianza que infunde en la otra parte pueden provocar el error.

Por esta razón, la jurisprudencia niega que exista error en los contratos bancarios complejos, como el swap, cuando el cliente sea experto en finanzas, pues si el mismo opera con la diligencia debida se presupone que será capaz de conocer los riesgos de la operación. De esta manera, se protege a quien actúa diligentemente y no a aquellos cuya conducta puede considerarse negligente.

4.- Íntimamente conectado con el anterior requisito está el de la **recognoscibilidad**. La doctrina impone que el error sea reconocible por la otra parte utilizando una diligencia normal, si lo es, esa parte habrá actuado negligentemente, y, por ello, deberá soportar el error sufrido por la contraparte. Sin embargo, si el error no es reconocible quien merece protección por el ordenamiento es la parte que no erró, pues habiendo actuado con diligencia y buena fe tiene derecho a confiar en la efectividad de lo pactado.

5.- Otro requisito, unido al anterior, es que el error no sea imputable a quien lo padece⁷⁷.

6.- Además, debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la celebración del contrato, es decir, el error debe ser determinante en el sentido de que su existencia es la razón que lleva a la parte que lo sufre a celebrar el contrato⁷⁸.

En cualquier caso, sobre los contratos opera una presunción de validez (“iuris tantum”), con lo cual, en principio, la carga de probar la existencia del error recaerá sobre quien lo alegue (aunque, como se va a apuntar seguidamente, en los casos de

⁷⁶ Vd. FJ 7º de la STS, núm 74/1994 de 14 febrero. RJ 1994\1469, que dice: “que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció”.

⁷⁷ Cfr. dice: FJ 5 STS, núm. 745/2002 de 12 julio (RJ 2002\7145): “que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero [RJ 1994, 1096] y 3 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1645])”.

⁷⁸ Vd. FJ 4º de la STS, núm. 791/2000 de 26 julio (RJ 2000\9177) que, entre todos los requisitos necesarios para que el error sea invalidante, añade la existencia de nexo causal.

permuta financiera la carga de la prueba se invierte). Además, la existencia del error es una cuestión de mero hecho, lo que significa que son los tribunales de instancia los que deberán apreciar su presencia a través de la valoración de la prueba practicada, valoración que se mantendrá en casación.

Una vez acotado perfectamente el error y sus requisitos, se va a pasar a analizar la jurisprudencia acerca de este vicio en los contratos de permuta financiera.

3.1.1. Jurisprudencia acerca del error del consentimiento en el swap

Como ya se ha comentado, la existencia de error es una cuestión que debe ser probada e interpretada por el juez, con lo cual es necesario analizar la casuística jurisprudencial, ya que será la que resuelva las dudas acerca de la esencialidad y excusabilidad del error. Además, es ella misma la encargada de valorar cuándo un cliente puede ser considerado minorista o profesional, cuestión relevante porque será poco probable que el error en que incurra un cliente profesional cumpla con el requisito de la excusabilidad.

3.1.1.1. Carga de la prueba del error en los contratos de swap

En primer lugar, se va a hacer referencia a la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba⁷⁹. Como bien indica el art. 217 LEC, le corresponde al actor probar la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico pretendido. Dicho precepto, en el contexto del error en los contratos de swap significa que, en principio, le corresponderá probar que se cumplen los requisitos para que el error sea invalidante a quien lo alegue.

Esta fue la línea que siguió el Alto Tribunal en un primer momento, en las sentencias de 21 de noviembre de 2012⁸⁰ y 29 de octubre de 2013⁸¹. En ambas resoluciones se consideró que no procedía declarar la nulidad del contrato por error en el consentimiento, diferenciando claramente la falta de información o los defectos de la información del error en el consentimiento.

⁷⁹ Vd. JUAN GÓMEZ, M., “Permuta financiera y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual”, en *Actualidad Civil*, n.º9, Septiembre 2016, Editorial LA LEY.

⁸⁰ STS núm. 683/2012 de 21 noviembre. (RJ 2012\11052).

⁸¹ STS núm. 626/2013 de 29 octubre. (RJ 2013\8053).

Con lo cual, aunque el cliente probó la falta de información, para el TS la misma no podía identificarse con la existencia de error, pudiendo darse la primera sin que se dé el segundo (obviamente, la probabilidad de que el cliente incurra en error será mucho más alta si el banco no le informa de los riesgos de la operación, pero ello no quiere decir que siempre que la entidad informe defectuosamente al cliente este incurra en un error).

Posteriormente, en la misma línea, se dicta la STS 17 de febrero de 2014⁸², donde de nuevo considera aplicable esta tradicional interpretación, de hecho hace suyos antiguos dictámenes, recordando: “La sentencia de 10 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1112) precisó que “la concurrencia de ese vicio, por implicar una anormalidad contractual, no debe admitirse sin una cumplida prueba de su realidad “. Y la número 495/1995, de 30 de mayo (RJ 1995, 4205) , “que los vicios del consentimiento sólo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de la existencia y realidad de los mismos, cuya prueba incumbe a la parte que los alega”.

Sin embargo, y pese a que la sentencia de 17 de febrero de 2014 es posterior, justo un mes antes, el día 20 de enero de 2014, se dictó la importantísima sentencia del Pleno que cambió por completo la línea que había venido siguiendo⁸³. Antes de esta sentencia ya existían voces que consideraban necesaria una inversión de la carga de la prueba, ya que recaía sobre el cliente la denominada prueba diabólica, en el sentido de que debía probar un hecho negativo, que consistía en demostrar que la entidad bancaria no había cumplido con sus deberes de información. Estas teorías estaban en lo cierto, en gran parte, pues es lógico que le corresponda acreditar a la entidad que cumplió con su deber, pero podían llevar a error, porque tendían a equiparar el error con la falta de información, cuestiones que como se ha comentado, no necesariamente van unidas.

La mencionada sentencia de 20 de enero de 2014⁸⁴ hizo suyas todas estas teorías, anulando el contrato de permuta financiera por existir error en el consentimiento. La cuestión relevante es que llegó a esta conclusión a través de invertir por completo la carga de la prueba, pues consideró que debe presumirse la existencia

⁸² STS núm. 41/2014 de 17 febrero. (RJ 2014\1862).

⁸³ STS núm. 840/2013 de 20 enero (RJ\2014\781).

⁸⁴ Cfr. ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario a la Sentencia de 20 de enero de 2014”, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, num. 95/2014 parte Sentencias, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2014.

del error cuando la entidad no consiga probar que cumplió con su deber de información. Como se ha mencionado, es lógico que corresponda a la entidad probar su cumplimiento, pero presumir “iuris tantum” la existencia del error como consecuencia de ese incumplimiento⁸⁵, en mi opinión, se aleja peligrosamente de esa interpretación restrictiva que debe dársele a los vicios del consentimiento en pro de la seguridad jurídica. Sin embargo, esta presunción ha conseguido asentarse en la jurisprudencia, ejemplo de ello son: las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016⁸⁶ y de 28 de octubre de 2015⁸⁷, entre otras⁸⁸.

Por lo tanto, a modo de conclusión, en cuanto a la carga de la prueba existe una excepción al art. 217 LEC en los juicios sobre permutas financieras, pues la entidad financiera demandada será quien deba probar que informó adecuadamente al cliente, de lo contrario se presumirá, salvo prueba en contrario, que incurrió en error.

3.1.1.2. Esencialidad del error

La primera duda que surge acerca del error es ¿qué error puede ser considerado como esencial en la contratación de permutas financieras? y las sentencias responden lo siguiente:

⁸⁵ Según el FJ 13 de la sentencia de 20 de enero de 2014: “La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. **Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo**”.

⁸⁶ STS núm. 694/2016 de 24 noviembre. (JUR 2016\264285) que expuso: “De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés), sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción”.

⁸⁷ STS núm. 560/2015 de 28 octubre. (RJ 2015\5158), en cuyo FJ 10 hace un breve repaso de la doctrina referente a los deberes de información y el error del consentimiento. Además, vuelve a recordar que “el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero”, pero sí incide en dicha apreciación, volviendo a recordar, en el séptimo párrafo del fundamento jurídico, que aunque ese incumplimiento no determina por sí la existencia del error vicio, **sí permite presumirlo**”.

⁸⁸ Sentencias del Tribunal Supremo 387/2014, de 8 de julio (RJ 2014, 4315); 547/2015, de 20 de octubre (RJ 2015, 4919); 692/2015, de 10 de diciembre (RJ 2015, 5777); 747/2015, de 29 de diciembre (RJ 2015, 5880); 195/2016, de 29 de marzo (RJ 2016, 1211); 235/2016, de 8 de abril (RJ 2016, 1496); 310/2016 de 11 mayo (RJ2016\1959).

- Frente a alegaciones de la parte demandante sobre que desconocía en el momento de contratar la **evolución futura de los tipos de interés**, el Tribunal Supremo considera que esa incertidumbre es connatural al componente aleatorio del contrato del swap. Con lo cual, todo aquel que haya entendido el funcionamiento del contrato deberá comprender también que el futuro del contrato dependerá de la evolución del activo subyacente. Como es lógico, dicha evolución es aleatoria, con lo cual no conocer su futuro no significa que no se entiendan los riesgos del contrato, sino que forma parte del contrato porque es imposible saber con exactitud su evolución.

Esta es la respuesta que ofrece la STS de 15 septiembre de 2015⁸⁹, donde un cliente profesional (contratante de varios swaps y que había llevado a cabo varias novaciones de los contratos, considerando el tribunal de instancia que tenía conocimientos adecuados sobre el mercado financiero) afirmaba haber recaído en un error. En concreto, demandaba a la entidad por no haberle proporcionado los estudios que sobre la evolución de los mercados pudiera disponer el banco.

Como se ha dicho, el Tribunal contesta que la incertidumbre acerca de la evolución del mercado es connatural al componente aleatorio (FJ 10), con lo cual “la eventual representación equivocada de cuál sería el resultado como consecuencia de la evolución futura de los tipos de interés no tiene la consideración de error”⁹⁰.

- Merecería otra resolución, y así lo hace constar el Alto Tribunal, el hecho de que el cliente no hubiera entendido que el **contrato es aleatorio y los riesgos** que asume como consecuencia de ello, puesto que sí es esencial no entender que la ganancia o la pérdida va a ir ligada a la evolución del tipo de interés (en el caso del IRS). Es esencial porque es la causa misma del contrato, si se eliminara esta cuestión el contrato no existiría porque su fundamento es estar ligado a la evolución del activo subyacente. Con lo cual, cualquier error que recaiga sobre la naturaleza del contrato (no se comprenda, por ejemplo, la aleatoriedad) o sobre los riesgos que se derivan de él

⁸⁹ STS núm. 491/2015 de 15 septiembre (RJ\2015\3993).

⁹⁰ En el mismo sentido se pronunció la STS núm. 683/2012 de 21 noviembre. (RJ 2012\11052), que considera que no puede existir error por cuestiones que se derivan de la aleatoriedad propia del contrato, afirmando: “de modo que difícilmente cabrá admitirlo - el error - cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia”.

merecerá la calificación de esencial, puesto que ello revela que el contratante no comprendió el objeto (la parte esencial) de la operación a la que se estaba vinculando.

- En esa misma sentencia de 15 de septiembre de 2015 se impugna el contrato por error, ya que no se había informado al cliente sobre el **coste de cancelación**. En este momento, el Tribunal tuvo que resolver la duda acerca de si el coste de cancelación es una cuestión esencial o accesorio del contrato, puesto que si es esencial, el error que recaiga sobre este punto tendrá la misma naturaleza, pero si no constituye un elemento esencial del contrato, el error que recaiga sobre este punto carecerá de la entidad suficiente para invalidar el contrato.

Como se va a comentar, esta sentencia sentó doctrina acerca de la esencialidad del error que recae sobre el coste de cancelación, pero antes de la misma, parte de la jurisprudencia ya se había decantado por darle esta naturaleza de esencial, sirven de ejemplo: SAP Asturias de 17 de septiembre de 2012⁹¹, SAP Barcelona de 30 de enero de 2013⁹², SAP Madrid de 8 febrero de 2013⁹³, SAP La Rioja de 27 de enero de 2015⁹⁴, entre otras.

Ello no significa que no existieran dudas acerca del asunto, pues el propio Tribunal Supremo parecía decantarse en otro sentido, por ejemplo en su sentencia de 17 de febrero de 2014 declaró la improcedencia del error y afirmó lo siguiente: “no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato”.

Finalmente, la mencionada STS de 15 de septiembre de 2015 consideró esencial el error que recae sobre el coste de cancelación, siendo necesario que la entidad informe al cliente sobre este extremo. De hecho, si el contratante no es conocedor del coste de contratación puede entenderse que no ha tomado verdadero conocimiento de los riesgos

⁹¹ SAP Asturias (Sec. 6ª), núm. 345/2012 de 17 septiembre. (AC 2012\2129)

⁹² SAP Barcelona (Sec. 19ª), núm. 19/2013 de 30 enero. (AC 2013\896).

⁹³ SAP Madrid (Sec. 14ª), núm. 126/2013 de 8 febrero. (AC 2013\468).

⁹⁴ SAP La Rioja (Sec. 1ª), núm 15/2015 de 27 de enero (AC 2015\1213)

que entraña la operación. En esta línea ha continuado pronunciándose la jurisprudencia, prueba de ello son las SSTS de 19 de febrero y de 15 de julio de 2016⁹⁵.

3.1.1.3. Excusabilidad del error

Planteadas estas cuestiones sobre la esencialidad del error se va a pasar a analizar distintos **supuestos de excusabilidad** del mismo. Como se comentaba, la ley protege con la regulación del error invalidante a quien actuó con diligencia al contratar y aún así erró (el error en ese caso es excusable), pero no a quién con el empleo de la diligencia debida hubiera conocido lo que ignoraba al contratar (el error en este otro caso sería inexcusable y por ende no invalidante), porque en ese supuesto merece mayor protección la contraparte que confía en la vinculación que genera el contrato.

En los casos de contratos bancarios complejos se considera que el error es excusable cuando el sujeto celebra el contrato sin capacidad para entender el funcionamiento y riesgos del producto, por ello las demandas siempre pretenden mostrar al cliente como una persona con escasa formación y sin experiencia en la contratación de productos derivados, dedicada a un negocio completamente ajeno al mundo financiero.

Evidentemente, el papel de la entidad demandada es completamente el contrario, el de probar que el contratante sí conocía los riesgos de la operación, en cuyo caso no podrá ser invalidado el contrato. Entre otros argumentos alegan: que el sujeto ha estado al frente de sociedades, ejerciendo cargos contables, se prueba la contratación de otros productos derivados, formación específica ...

Centrado el asunto de la excusabilidad en la contratación de productos bancarios complejos, se van a analizar algunas cuestiones concretas que han suscitado dudas, pero que la jurisprudencia ha ido resolviendo:

1.- La primera pregunta acerca de la excusabilidad del error es la siguiente: ¿es excusable el error, aún cuando el cliente confiesa no haber leído el contrato o no haberlo leído atentamente? Tradicionalmente la falta de lectura del contrato se ha considerado

⁹⁵ STS núm. 90/2016 de 19 febrero. (RJ 2016\703) y STS núm. 496/2016 de 15 julio. (RJ 2016\3201).

un error inexcusable, ejemplo de ello son: SAP Madrid de 30 de abril de 2012⁹⁶, SAP Pontevedra de 29 de marzo de 2012⁹⁷ o SAP Barcelona de 28 de junio de 2013⁹⁸.

Si bien es cierto que estas sentencias favorables a la inexcusabilidad del error juzgaban a sujetos con experiencia en el tráfico mercantil, a los que, en ningún caso, debiera excusárseles la falta de lectura del contrato. Un error es excusable cuando se incurre en él aún habiendo llevado a cabo el contrato con toda la diligencia debida, y la diligencia de un buen empresario exige sobradamente la lectura del contrato.

Sin embargo, cuando se trata de un cliente sin experiencia la jurisprudencia considera error excusable, incluso, la falta de lectura del contrato. El por qué de esta amplísima interpretación del error se encuentra en la STS de 12 de enero de 2015⁹⁹. Dicha resolución no versa sobre un contrato de swap, pero recoge una serie de consideraciones generales sobre la nulidad de los contratos bancarios por error vicio del consentimiento que son de aplicación a la permuta financiera.

En primer lugar, la sentencia afirma que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales para ella, y si no lo hace ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Es decir, en principio, las partes deben autoinformarse del contrato que van a firmar y si no lo hacen el error les será imputable, con lo cual inexcusable. Sin embargo, seguidamente habla de que para valorar la diligencia es determinante el perfil de cada una de las partes (de ambas) y expone: “De modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa”.

⁹⁶ SAP de Madrid (Sec. 9ª) num. 216/2012 de 30 abril (AC\2012\983) (sentencia confirmada o inadmitida de recurso), dice en su F.J. 6º: “pudo y debió leer los contratos que firmó, y si no lo hizo solo a él sería imputable”.

⁹⁷ SAP Pontevedra núm. 152/2012 de 29 marzo (JUR 2012\166352), que dice: “Basta para ello la lectura de los contratos”.

⁹⁸ SAP Barcelona (Sec. 11ª), núm. 316/2013 de 28 junio. (JUR 2013\335301), que afirmó: “La falta de comprensión de conceptos o matices del contrato es imputable a la propia parte contratante, por lo que se trata de un error inexcusable e imputable a la propia actora al firmar y vincularse contractualmente sin un examen del contrato a ella imputable”.

⁹⁹ STS núm. 769/2014 de 12 enero. (RJ 2015\608).

Con lo cual, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no debe valorarse sólo la diligencia del sujeto que incurrió en error, sino también la de la contraparte, ya que recae sobre la entidad bancaria el deber de facilitar al cliente la información. Es decir, no es el cliente el que debe averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas, ya que el cliente al ser inexperto no puede saber qué información concreta ha de demandar, sino que debe confiar en que la información que se le facilita no omite ninguna cuestión relevante. Por todo ello, afirma que la obligación de información es una “obligación activa, no de mera disponibilidad”.

En resumen, si el cliente es inexperto el no conocer los riesgos de la operación no le es imputable, aunque no haya leído el contrato, pues es la entidad la que debe velar porque el sujeto comprenda la naturaleza del contrato. Con lo cual, si el cliente es minorista será muy difícil probar que el error fue inexcusable, esto sólo se dará si la entidad consigue probar que cumplió con su deber de información. Por tanto, por paradójico que suene, la excusabilidad o inexcusabilidad del error va a depender más de la actitud que lleve a cabo la entidad que la del cliente.

2.- Siguiendo con el requisito de excusabilidad, ¿existe alguna cualidad del sujeto contratante que determine su condición de experto?

a) Por ejemplo, ¿es determinante que el sujeto sea empresario? La respuesta es que no es determinante, perfectamente un empresario puede ser considerado como cliente minorista, pues para poder dictaminar esta cuestión habrá que tener en cuenta otros aspectos, como: qué actividad lleva a cabo la empresa (si es ajena o no al mundo financiero); o qué papel tiene el sujeto en la empresa: si es contable, si es el encargado de negociar las operaciones bancarias, si tiene conocimientos, al menos prácticos, de este tipo de operaciones financieras...

En este sentido se han pronunciado diversas sentencias, entre otras: SAP La Rioja de 30 de diciembre de 2013¹⁰⁰, donde era demandante una empresa de construcción y se consideró que el contrato era “incomprensible para una persona con un conocimiento medio e incluso para un empresario medio que no lo sea del sector financiero”.

¹⁰⁰ SAP La Rioja (Sec. 1ª), núm. 378/2013 de 30 diciembre. (AC 2014\309).

También, la STS de 11 de mayo de 2016¹⁰¹, donde el error se calificó como excusable, a pesar de ser empresario autónomo, catedrático e ingeniero industrial. El Alto Tribunal consideró que la normativa pre-MiFID (aplicable al caso) había sido incumplida, pues ni siquiera constaba la realización de un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido a su perfil inversor. Como ya se ha comentado, la jurisprudencia actual considera que el incumplimiento de los deberes de información presume el error en quien contrató con dicho déficit informativo. En este caso, el banco no pudo desvirtuar la presunción y, por lo tanto, se anuló el contrato.

Por último, en el mismo sentido, se pronunció la STS de 29 de marzo de 2016¹⁰², apreciándose el error, dado que la entidad financiera no había informado a las mercantiles demandantes (que se dedicaban a ámbitos ajenos al mundo financiero como la hostelería, las pompas fúnebres, la imprenta o la edición de una publicación local) de forma completa, suficiente y comprensible sobre las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

Ahora bien, para la jurisprudencia no es indiferente que el contratante sea un empresario, pues el nivel de diligencia que se les aplica es superior al de un ciudadano normal. A un particular inexperto le es aplicable la diligencia de un buen padre de familia, sin embargo a un empresario o administrador legal de una empresa le es de aplicación una diligencia mayor, la de un ordenado y leal comerciante. Ese es el pronunciamiento de varias sentencias, como: la SAP Salamanca de 15 de enero de

¹⁰¹ STS núm. 310/2016 de 11 mayo. (RJ 2016\1959).

¹⁰² STS núm 195/2016 de 29 de marzo (RJ 2016\1211), esta sentencia es relevante, pues afirma claramente que el hecho de ser empresario no determina que el cliente sea profesional, así expuso: “El hecho de que los clientes sean sociedades mercantiles no supone que deban descuidarse los deberes de información de las entidades financieras, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. (...) Son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable”.

2013¹⁰³ y la SAP Madrid de 4 de octubre de 2013¹⁰⁴, donde se consideró la ausencia de error en el consentimiento. En ese caso la empresa contratante se dedicaba a la explotación de residencias de ancianos, en principio actividad ajena al mundo financiero. Sin embargo, se desestima su pretensión, ya que el contratante estaba habituado a relacionarse con los bancos y por lo tanto a los productos que estos ofertan. Además, si alguno le fuera extraño podría haber recibido asesoramiento de asesores internos y externos que colaboran con la empresa. En el mismo sentido se pronunció la SAP Pontevedra de 25 de junio de 2015¹⁰⁵, pues el administrador de la sociedad, que es quien firma el contrato, llevaba personalmente las gestiones con los bancos, nuevamente se apunta que se le exige la diligencia de un ordenado empresario.

De estas sentencias se puede desprender que no es determinante la condición de empresario, sino otros criterios como: que sea el sujeto el que se encarga de las gestiones bancarias, puesto que se suele considerar que es capaz de comprender el riesgo de la operación, pues tiene conocimientos, al menos prácticos, de los productos financieros, con lo que si incurre en error solo le es imputable a él (error inexcusable); que el contrato fuera firmado por un economista que había comercializado un producto de idénticas características previamente¹⁰⁶ o la existencia de asesores financieros¹⁰⁷.

¹⁰³ SAP Salamanca (Sec. 1ª) núm. 9/2013 de 15 enero. (JUR 2013\46158), que afirmó: “No es la misma diligencia al contratar aplicable a un particular minorista que a un empresario acostumbrado a relacionarse con bancos y banqueros”. (...) “Pues bien, si el error sólo es excusable cuando puede advertirse aplicando una diligencia media o regular, esta Sala, conforme a la sentencia citada de 19-12-2012, considera que " en el caso de empresarios individuales y administradores de sociedades mercantiles como es el caso, ese nivel de diligencia debe ser superior a la de un ciudadano normal, aplicándose no la diligencia del buen padre de familia, sino la de un ordenado y leal comerciante”.

¹⁰⁴ SAP Madrid (Sec. 25ª), núm. 401/2013 de 4 octubre. (AC 2013\2343). Entre otros argumentos, afirmó para desestimar el error: “Por tanto el representante legal de la actora como empresario está habituado a las relaciones con los bancos y conoce los productos que le puedan ofertar y si alguno le es extraño puede recibir asesoramiento de quienes con él colaboran en la empresa o asesores externos, por lo que no puede aceptarse error en el consentimiento como vicio que afecta a la formación de la voluntad”.

¹⁰⁵ SAP Pontevedra (Sec. 6ª) núm. 298/2015 de 25 junio. (JUR 2015\176528)

¹⁰⁶ SAP Málaga (Sec. 5ª), núm. 3/2016 de 8 enero. (JUR 2016\85345).

¹⁰⁷ SAP Madrid (Sec. 10ª) núm. 234/2012 de 27 marzo. (JUR 2012\165149), se considera inexcusable porque el Centro Escolar contratante disponía de asesores financieros capaces de comprender la operación; en el mismo sentido: SAP Pontevedra (Sec.1ª) núm. 152/2012 de 29 marzo. (JUR 2012\166352), la SAP Burgos (Sec. 2ª), núm. 112/2012 de 15 marzo. (AC 2012\408), donde la demandante era una empresa mediana que disponía de asesoría jurídica interna o la mencionada SAP Pontevedra (Sec. 6ª) núm. 298/2015 de 25 junio. (JUR 2015\176528), donde la sociedad disponía de personal para cuestiones de contabilidad y de asesoramiento profesional externo.

Todo ello son ejemplos de criterios que sí tiene en cuenta la jurisprudencia, pero como se comentará más adelante, a la hora de anular un contrato bancario no hay ningún elemento verdaderamente determinante, pudiendo darse supuestos en los que, a pesar de existir asesor financiero se pueda valorar que el cliente no pudo comprender los riesgos de la operación.

En conclusión, la condición de empresario no va ligada a la condición de profesional, pues la jurisprudencia ha dejado claro que un simple empresario ajeno al mundo financiero carece de los conocimientos necesarios para entender los riesgos que se derivan de operaciones de alto riesgo como la permuta financiera. De hecho, será común que se anulen swaps contratados por pequeñas y medianas empresas, pues la gran mayoría están dirigidas por personas inexpertas incapaces de comprender la permuta financiera¹⁰⁸.

Con lo cual, al igual que ocurre con los particulares, en el caso de los empresarios habrá que valorar otros extremos, como son conocimientos contables, hechos que prueben una habitualidad en el mundo financiero, que sea un cliente experimentado de estos productos, etc. para dictaminar que comprendió la operación.

b) Por otro lado, ¿es determinante el hecho de haber contratado productos derivados con anterioridad? Las entidades bancarias suelen alegar estos argumentos para hacer decaer la acción de anulabilidad interpuesta por el cliente. Sin embargo, las sentencias dictaminan en uno y en otro sentido.

La propia STS de 29 de marzo de 2016 hace referencia a que sólo por haber concertado otros contratos anteriormente no puede considerarse excluida la existencia de error. De nuevo, lo determinante no es la contratación de otros productos, sino valorar si esa contratación le ha aportado una serie de conocimientos, al menos prácticos, que demuestren que no incurrió en error al formalizar la permuta financiera.

¹⁰⁸ Vd. SAP Asturias (Sec. 5ª) núm. 418/2012 de 7 noviembre. (AC 2013\35), donde se anula el contrato firmado por una empresa dedicada a carpintería y estructuras metálicas; SAP Jaén (Sec. 2ª) núm. 14/2013 de 21 enero. (AC 2013\1175), que afirmó: “que fuesen empresarios avezados en actividades industriales o mercantiles no implica que sean expertos financieros ni que tuvieran los conocimientos financieros necesarios para entender y comprender este producto”; SAP Las Palmas (Sec. 4ª) núm. 42/2016 de 29 enero. (JUR 2016\89907): “el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente ese carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores”; SAP Córdoba (Sec. 1ª), núm. 333/2014 de 10 julio. (JUR 2014\257786).

En definitiva, no hay ningún dato que determine si el error es excusable o no lo es, sino que lo verdaderamente determinante es que el cliente comprendiera todos los riesgos de la contratación, con independencia de que hubiera contratado otros productos derivados, también con independencia de que leyera o no el contrato, de que lo confundiera con un seguro¹⁰⁹ e independientemente de su condición de empresario. Además, este extremo lo deberá acreditar la entidad financiera que debe informar al cliente de manera exhaustiva, asegurándose de que entendió todos esos riesgos¹¹⁰.

3.2. Dolo

Otra de las vías que suelen utilizar las demandas frente a permutas financieras para conseguir su anulación es el dolo. Según el art. 1269 Cc.: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

Como apunta DE PABLO CONTRERAS, P.¹¹¹, el dolo se da cuando una de las partes provoca en la otra, mediante una actuación maliciosa, un error a la otra parte que

¹⁰⁹ La mencionada STS de 29 de marzo de 2016, al respecto de si el cliente confunde la permuta por un seguro, expone lo siguiente: “no importa si los clientes creyeron concertar un seguro o no pues **lo relevante es que no fueron conscientes del riesgo soportado con la contratación de productos altamente complejos**”. Esta alegación por parte del cliente de haber confundido la permuta con un seguro es muy común, la jurisprudencia normalmente suele considerar el error como excusable, a pesar de las claras diferencias entre un contrato y otro, sobre todo, porque el contrato de seguro obliga a pagar una prima, obligación que no nace en el swap. Básicamente por esta diferencia, han surgido sentencias que consideran el error inexcusable, como la SAP Madrid (Sec. 20ª) núm. 702/2012 de 30 diciembre 2013. (AC 2014\191): “No puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295))”. Si bien es cierto, que en la mencionada sentencia (al igual que todas las que consideran que el error es inexcusable), el elemento determinante de la inexcusabilidad del error no fueron solo las evidentes diferencias entre ambos contratos, sino que las partes contratantes tenían la suficiente formación para diferenciarlos (en este caso, licenciada en dirección de empresas). Si la persona es inexperta, se considera que puede existir un error, puesto que el producto es ofrecido como de cobertura o garantía frente a eventuales subidas del tipo de interés, por ejemplo: SAP Asturias (Sección 7ª), núm. 480/2012 de 29 octubre. (AC 2012\1598); SAP Soria (Sec. 1ª), núm. 131/2012 de 8 noviembre. (AC 2013\113); SAP Asturias (Sec.7ª), núm. 509/2012 de 12 noviembre. (AC 2013\124); o la SAP Murcia (Sec. 4ª), núm. 523/2015 de 24 septiembre. (JUR 2015\249384), entre otras.

¹¹⁰ Es ilustrativa la STS núm. 669/2015 de 25 noviembre. (RJ 2015\5500), donde, a pesar de que el demandante era una empresa (pequeña empresa del sector de la energía fotovoltaica) y de que había suscrito varios contratos de permuta financiera, el contrato objeto del litigio es anulado por considerarse que el consentimiento se prestó viciado, provocado por no cumplir la entidad con su deber de información.

¹¹¹ Vd. DE PABLO CONTRERAS, P., “Requisitos del Contrato” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Editorial COLEX, Madrid, 2011, págs. 359-362.

es lo que le lleva a prestar el consentimiento. Con lo cual, esa actuación maliciosa es la causa de la celebración del contrato.

Como se puede comprobar, el dolo conlleva una mayor dificultad probatoria que el error, pues recae sobre el demandante probar esa actitud de la contraparte de engaño que provocó la conclusión del contrato. Por ello, son pocas las sentencias que aprecian la concurrencia del dolo, que exige los siguientes requisitos: a) la existencia de engaño (“animus decipiendi”); b) el dolo ha de ser grave, en el sentido de que debe ser determinante de la declaración de voluntad (el dolo incidental solo obliga a indemnizar daños y perjuicios, art. 1270 Cc); c) no puede haber sido empleado por las dos partes; d) que no haya sido causado por una tercera persona diferente de los contratantes.

Alguno de los argumentos que alegan los demandantes para acreditarlo es que se les proporcionó una información malintencionada de la naturaleza del swap y, sobre todo, que existió una ocultación sobre las verdaderas previsiones de la evolución del Euribor. Sin embargo, no suelen prosperar, ejemplo de ello es la SAP Granada (Sec. 4ª), núm. 301/2013 de 27 septiembre. (JUR 2013\329127). Aunque sí existen otras sentencias que estiman el dolo, por ejemplo la SAP de Barcelona (Sec. 1ª) núm. 377/2013 de 26 julio. (JUR 2013\342532), en ese caso el actor carecía de conocimientos, no fue informado de la previsión a la baja de los tipos de interés y, además, existía una larga relación de confianza entre la mercantil y la entidad que hizo que el cliente se dejara aconsejar.

3.3. ¿Cuándo caduca la acción de acción de anulabilidad?

Comentadas todas las peculiaridades referentes a cada uno de los vicios del consentimiento, es necesario hacer una breve referencia al plazo de ejercicio de la acción, pues han surgido dudas sobre el “dies a quo” de la caducidad¹¹². Según el art. 1301 Cc: “La acción de nulidad sólo durará cuatro años”. Este plazo de caducidad de cuatro años comienza a computarse desde la consumación del contrato. La doctrina y

¹¹² Vd. JUAN GÓMEZ, M., “Permuta financiera y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual”, en *Actualidad Civil*, nº9, Septiembre 2016, Editorial LA LEY; FONTELA SANZ, M. y BLANCO DELGADO, V. “A vueltas sobre los contratos de permutas financieras de tipos de interés (swap): fijación de la cuantía, caducidad y extinción de la acción de nulidad y excusabilidad del error” en *2014 Práctica contenciosa para abogados, edición nº 1*, Editorial LA LEY; JUAN GÓMEZ, M., “Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios” en *Diario La Ley*, Nº 8255, Sección Doctrina, 20 de Febrero de 2014, Editorial LA LEY.

jurisprudencia consideran que el contrato se consuma cuando inicia la relación jurídica, es decir, cuando comienzan a cumplirse las obligaciones de la misma¹¹³.

La duda es la siguiente: ¿cuándo se consuma el contrato de permuta financiera? Esta pregunta la responde el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2015¹¹⁴, según el mismo, el plazo para el cómputo de la caducidad de la acción inicia en el momento en que el demandante toma conocimiento del error padecido o suceden hechos objetivos que hacen entender que pudo tomar conciencia del mismo.

A la vista está que serán los tribunales los que deban interpretar, en el caso concreto, cuándo pudo comprender el demandante que había incurrido en error o dolo al contratar el swap, sirviendo de ejemplo la SAP Islas Baleares (Sec. 3ª) núm. 216/2016 de 30 junio. (JUR 2016\185485), que consideró que “transcurrido un periodo razonable en el que se produce la misma situación -se refiere a las liquidaciones periódicas negativas-, ya se debe ser plenamente consciente de las condiciones del producto que se contrató”.

Por lo tanto, el plazo del cómputo de la caducidad comenzará cuando se tenga conocimiento del error o en el momento en que se pudo conocerse. El problema es que pueden darse interpretaciones más o menos restrictivas, dado que el criterio del momento de comprensión del error es muy subjetivo, lo que pone en peligro la seguridad jurídica, dado que dependiendo de la interpretación podrá flexibilizarse o acortarse el plazo de caducidad.

¹¹³ Cfr. STS núm. 569/2003 de 11 junio. (RJ 2003\5347) que afirma: “Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes”.

¹¹⁴ STS núm. 769/2014 de 12 enero. (RJ 2015\608), habla del cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento en su F.J.5º, y dice: “Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, **no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo**. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”.

3.4. Consecuencias de la anulación del contrato

Cabe mencionar, brevemente, cuáles son las consecuencias que acarreará admitir la acción de anulabilidad. Como bien indica el art. 1303 Cc: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

Por lo tanto, una vez declarada la nulidad del contrato, la jurisprudencia obliga a las partes a restituirse las prestaciones, ejemplo de ello es la STS núm. 491/2015 de 15 septiembre. (RJ 2015\3993) que afirma: “La consecuencia de declarar la nulidad del cuarto contrato de Swap, suscrito el 31 de enero de 2007, con el efecto propio del art. 1303 Cc, es la restitución recíproca de las prestaciones. La demandante, deberá devolver las liquidaciones percibidas a su favor, y el banco la pena que cobró a la demandante por la cancelación anticipada”¹¹⁵.

4. Otras posibles causas de ineficacia del contrato

4.1. ¿Nulidad del swap por incumplimiento de la normativa MiFID?

Los contratos de swap pueden verse afectados por otros tipos de ineficacia diferentes a los vicios del consentimiento. Como se ha comentado, con el fin de proteger a los inversores, sobre todo minoristas, de los riesgos que supone la contratación de productos derivados, se promulga todo un cuerpo normativo (MiFID) que impone a las entidades bancarias obligaciones de información.

En los casos en los que la acción de anulabilidad no puede ejercitarse, surge un debate acerca de si puede predicarse la nulidad absoluta del contrato como consecuencia del incumplimiento de la normativa MiFID. Las demandas cuya pretensión es la nulidad encuentran su razonamiento en el art. 6.3 Cc, que expone: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

La naturaleza de la Ley de Mercado de Valores es administrativa, con lo cual su incumplimiento conlleva sanciones de esta naturaleza, pero, además ¿podría considerarse la norma imperativa y conllevar la nulidad del contrato? Existen autores

¹¹⁵ Vd. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: Comentario a la Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3993), en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num.100/2016 parte Sentencias (2016).

que apoyan la nulidad del contrato por incumplimiento de esta normativa administrativa¹¹⁶, incluso el TS ha afirmado que la infracción de una norma administrativa imperativa o prohibitiva puede conllevar la sanción de nulidad que contempla el art. 6.3 Cc¹¹⁷.

Sin embargo, también es cierto que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado acerca de las consecuencias del incumplimiento de la normativa bancaria. Como hemos comentado, dicho incumplimiento hace presumir la existencia de error del consentimiento, pero el Alto Tribunal insiste en que dicha vulneración de la normativa no conlleva por sí sola la nulidad del contrato¹¹⁸.

Por lo tanto, la consecuencia jurídica del incumplimiento de la normativa no es la nulidad radical, sino la presunción del error (“iuris tantum”). A pesar de ello, sigue habiendo autores que consideran nulo el contrato y se han dictado sentencias (residuales) que admiten dicha sanción¹¹⁹.

4.2. Posible aplicación de la cláusula “Rebus sic stantibus”

Al igual que ocurre con el dolo, es común que las demandas soliciten la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” de manera subsidiaria. Esta cláusula nace de la jurisprudencia, según la cual una imprevista y extraordinaria mutación de las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta al inicio del contrato puede provocar una novación del contrato para que se adapte a las nuevas circunstancias o, incluso, una

¹¹⁶ Cfr. PALUZIE PLANA, A., “Análisis teórico y práctico de la anulabilidad de los swaps”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2013 parte Estudio, 2013. En el artículo apunta que no puede aceptarse la validez de un contrato que contraviene las disposiciones de la LMV y el RD 217/2008, ya que, de lo contrario, carecerían de sentido dichas normas, que precisamente buscan ordenar el mercado financiero y proteger a los inversores. También a favor de la nulidad: BERROCAL LANZAROT, A.I., “La permuta financiera (swap) y su eventual ineficacia”, en *Actualidad Civil*, nº7-8, Sección Estudios de Jurisprudencia, del 1 de jul. al 31 de Ago. 2014, pág. 840, tomo 2, Editorial LA LEY.

¹¹⁷ Vd. STS núm. 343/2010 de 11 junio (RJ 2010\2677), en este caso una comunidad de propietarios alcanza un acuerdo en contra de una normativa autonómica sobre seguridad en los edificios y se declara la nulidad; igual sanción da la STS, núm. 202/2011 de 31 marzo (RJ 2011\3437), en este caso, a consecuencia de incumplir la normativa europea y nacional de defensa de la competencia.

¹¹⁸ En contra de la nulidad por incumplimiento de la normativa se posicionan: JUAN GÓMEZ, M., “Permuta financiera y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual”, en *Actualidad Civil*, nº9, Septiembre 2016, Editorial LA LEY; y, MARÍN NARROS, H.D., “Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº737, 2013, págs. 1477 a 1531.

¹¹⁹ Ejemplo de ello es la SAP Valencia, núm. 561/2006 de 30 octubre (JUR 2007\128424). La propia sentencia hace alusión al art. 6.3 Cc, haciendo hincapié en su operatividad en estos supuestos.

resolución del mismo. Según la jurisprudencia, esta cláusula se encuentra implícita en todos los contratos de tracto sucesivo, como es el caso de la permuta financiera, pero debe apreciarse de forma restrictiva, puesto que es otra solución que va en contra del principio “pacta sunt servanda”.

Los requisitos para que pueda ser aplicada son: a) la alteración extraordinaria de las condiciones tenidas en cuenta en el momento de la negociación; b) que dicha alteración fuera imprevisible y que provoque un desequilibrio entre las partes; c) que no exista otro remedio para compensar el desequilibrio; d) que quien lo invoca actué con buena fe.

Los clientes de los swaps consideran aplicable la cláusula “rebus sic stantibus” basándose en que se ha producido una extraordinaria e imprevisible variación de los tipos de interés que provoca un desequilibrio de las prestaciones de cada parte, siendo necesaria una revisión o reajuste del negocio jurídico. Sin embargo, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹²⁰ esta cláusula no puede aplicarse en los contratos de swap, puesto que la alteración de las circunstancias no es imprevisible, pues no puede darse este requisito “cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual”.

En un contrato aleatorio, la posibilidad de obtener pérdidas o ganancias forma parte de su naturaleza, con lo cual ese riesgo no supone una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de la contratación, sino que es un elemento integrante del swap, por muy acentuada que sea la fluctuación del tipo de interés¹²¹.

5. Algunas cuestiones debatidas por la jurisprudencia

5.1. Doctrina de la confirmación de los actos viciados

Como es sabido, los contratos afectados por la anulabilidad pueden ser convalidados, así lo indica el art. 1313 Cc: “La confirmación purifica a los contratos de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración”. Además, según el art. 1309 Cc, en caso de confirmarse el contrato, como es lógico, la acción de anulación se extinguirá.

¹²⁰ Vd. STS núm. 626/2013 de 29 octubre. (RJ 2013\8053)

¹²¹ Vd. SAP de Guipúzcoa (Sec. 3ª) núm. 295/2013 de 7 octubre. (JUR 2014\159363)

Según el art. 1311 Cc caben dos tipos de confirmación: tácita y expresa. Es tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. Por lo tanto, para que se dé la confirmación tácita, el acto debe reflejar sin dudas la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

La existencia de esta posibilidad ha suscitado varios conflictos, pues las entidades bancarias han intentado acreditar que el cliente había confirmado el contrato de forma tácita y que, por tanto, la acción de anulabilidad debe desestimarse (art. 1309 Cc). Se trata ahora de ver qué considera la jurisprudencia acerca de la aplicación de esta figura a los contratos bancarios complejos.

Las contestaciones a las demandas hablan de tres actitudes del cliente que podrían confirmar el negocio jurídico: el hecho de percibir liquidaciones positivas parece que podría purificar el negocio; también el de liquidaciones negativas si el cliente transcurrido un tiempo no manifiesta nada y continúa cumpliendo sus obligaciones; y, por último, ejercitar la cancelación de la permuta, pues el cliente está aplicando el contrato, una de las cláusulas del mismo, es decir, conscientemente se está sometiendo al contrato viciado, con lo que esta actitud podría enmendarlo.

Sin embargo, la mencionada STS de 1 de febrero de 2016 ya ha respondido a esta cuestión de la siguiente manera: “En cuanto a los supuestos actos propios de las demandantes, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria”.

5.2. ¿Es posible resolver el contrato por incumplimiento del deber de información?

Como es sabido, en los contratos con obligaciones recíprocas es posible invocar la resolución como consecuencia de un incumplimiento (resolución por incumplimiento, art. 1124 Cc). Esta solución que recoge el ordenamiento debe ser apreciada de forma

restrictiva, como todas las que se han analizado, y sólo un incumplimiento grave podría justificar la resolución del contrato.

La duda que surge acerca de los contratos de swap con esta figura es la siguiente: ¿un incumplimiento del deber de información puede conllevar la resolución del contrato?, para que la respuesta fuera positiva debe resolverse otra incógnita ¿el deber de información es una obligación que se inserta dentro de la esfera del contrato?, ya que si no es una obligación contractual difícilmente su incumplimiento acarrearía la resolución del swap.

Recientemente el Tribunal Supremo ha despejado las dudas acerca del posible ejercicio de esta acción, en concreto, es la STS núm. 479/2016 de 13 julio. (RJ 2016\3194)¹²². La resolución comienza recordando que la STJUE de 30 de mayo de 2013 estableció que las consecuencias de la inobservancia de las exigencias de información prevista en la normativa MiFID vendrán fijadas por cada uno de los ordenamientos internos. Dicho esto, pasa a hacer referencia a múltiples sentencias en las que ya ha fijado las consecuencias del incumplimiento del deber de información¹²³. En todas ellas, repite hasta la saciedad que la contravención de la normativa hace presumir el error en el consentimiento, dado que el cliente ha prestado su consentimiento con un déficit informativo. Ese error da lugar a la acción de anulabilidad o nulidad relativa (arts. 1.265, 1.266 y 1.301 Cc), pero no cabe el ejercicio de la acción de resolución contractual por incumplimiento (Art. 1.124 Cc), “dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato, mientras que aquí la falta de información se habría producido con anterioridad”.

¹²² Aunque no afecte al objeto discutido por el trabajo en este punto, cabe apuntar que esta sentencia resuelve en su FJ 5º una cuestión de gran relevancia. Como es sabido, siempre que sea posible, el ordenamiento considera preferible declarar la nulidad parcial del contrato frente a la nulidad absoluta, de esta manera se consigue que la parte del contrato que no se encuentre viciada subsista. Una duda que se podía plantear antes de la promulgación de esta sentencia era la siguiente: si se pretende la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada ¿puede declararse la nulidad de la misma y subsistir el resto del contrato? En principio, podría parecer que sí, puesto que el contrato podría continuar operando sin esta cláusula. Sin embargo, esta sentencia afirma lo contrario del siguiente modo: “**Las cláusulas que permiten la cancelación anticipada no son nulas por sí mismas, ni por tanto, puede solicitarse aisladamente su nulidad, sin pretender la del contrato en su totalidad.** En su caso, si no se suministra al cliente información suficiente sobre la existencia de un coste de dicha cancelación y los riesgos que ello conlleva, se puede viciar el consentimiento por error, lo que acarrearía la nulidad del contrato, no la de la cláusula aisladamente considerada”.

¹²³ Por todas, las mencionadas Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781), y 491/2015, de 15 de septiembre.

Por lo tanto, no cabe esta acción, por dos motivos: porque el Tribunal Supremo ya ha manifestado que la consecuencia de incumplir la normativa MiFID es que se presuma el error del consentimiento; y, en segundo lugar, porque para que se pueda ejercitar es necesario que exista un incumplimiento del contrato, y ese incumplimiento por definición debe producirse con posterioridad a la celebración del mismo, requisito que en los casos de permutas financieras no se cumple, pues la entidad, en caso de privar de información al cliente, lo hace en una fase precontractual, pero no una vez firmado el contrato.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se ha podido mostrar la problemática surgida entorno al consentimiento de los contratos de permuta financiera, las conclusiones que pueden extraerse de todo lo expuesto son las siguientes:

a) En primer lugar, a pesar de que exista una gran variedad de modalidades de permuta financiera, cuestión que dependerá del activo subyacente al que estén referenciadas, en términos generales, se puede definir como un contrato cuyo objeto es el intercambio de flujos caja en una fecha futura. Dichos flujos pueden expresarse en una o en varias divisas, y se obtienen a partir de parámetros objetivos, los cuales se aplican sobre un determinado nominal que fijan las partes y que está referenciado a alguna variable. No debiendo confundir la definición de alguna de las modalidades con la genérica. Si bien es cierto, que la contratación más difundida entre particulares y pequeñas empresas ha sido la del swap de tipos de interés, la cual permite cubrir el riesgo de fluctuación al alza de los tipos variables a los que están ligadas sus operaciones de endeudamiento.

b) En segundo lugar, la interpretación de su naturaleza ha resultado y está resultando una ardua tarea para la doctrina y jurisprudencia, y dicha dificultad viene provocada por su deficitaria regulación. Resulta poco menos que sorprendente que un contrato con tantísima difusión no haya sido regulado de forma independiente, lo que provoca: en primer lugar, que sean los tribunales los que se ocupen de fijar todos los detalles referentes a este contrato, lo que redundará en inseguridad jurídica para los particulares, puesto que, a pesar de los parámetros que está fijando el Tribunal Supremo, es imposible crear un criterio unánime de interpretación; en segundo lugar, dificulta una cuestión tan básica como es fijar su definición y naturaleza, cuestión fundamental por

todas las consecuencias jurídicas que acarrea (como se ha podido ver, por ejemplo, en la aplicación de la LC, que tampoco prevé el supuesto concreto de los créditos derivados de este contrato, lo que nuevamente provoca inseguridad jurídica porque la calificación de estos créditos va a depender de la naturaleza que los tribunales den al swap).

Con lo cual, la tarea de los órganos jurisdiccionales en esta materia es doblemente importante: en primer lugar, porque debe definir y fijar la naturaleza del contrato (papel que debería ser sustituido por el poder legislativo); y, en segundo lugar, porque debe acotar en qué supuestos se da la invalidez del contrato.

c) En tercer lugar, aunque no exista regulación específica del contrato de permuta, sí le es de aplicación la normativa MiFID, de hecho, esta cuestión ha sido afirmada por el propio TJUE. Afirmación de gran relevancia, pues supone que todas las obligaciones de información que recoge esta normativa para las entidades financieras deberán ser cumplidas también en la comercialización de swaps.

d) Por último, dado que la mayor causa de invalidez de estos contratos es el error en el consentimiento, conviene recordar: que para la jurisprudencia se presume su existencia, siempre que la entidad financiera no consiga probar que cumplió con su deber de información, invirtiéndose la carga de la prueba; además, se considerará esencial cualquier error que recaiga sobre la naturaleza del contrato o sobre los costes de cancelación del mismo, ambas cuestiones íntimamente relacionadas con la comprensión de los riesgos que acarrea la operación, elemento esencial para la jurisprudencia; y por último, en cuanto al requisito de la excusabilidad, cabe decir que su apreciación dependerá, en gran medida, de si el cliente es calificado como profesional o minorista, puesto que el grado de diligencia debida del cliente profesional es superior, siéndole, en la mayoría de los casos, imputable el error. Sin embargo, no existe una lista de características que determinen la profesionalidad del cliente, esta es una cuestión de hecho que, valorando el conjunto de las pruebas, deberá interpretar el tribunal.

Para concluir, recordar que, como se apuntó al principio del trabajo, lo que está en juego es la validez de los contratos, es la confianza que las partes depositan en el contrato firmado (“pacta sunt servanda”). Por ello, considero que, a la hora de valorar los hechos de cada caso, la jurisprudencia no debiera ser demasiado permisiva al apreciar el error (que debe ser interpretado de forma restrictiva).

A mi parecer, hay clientes que han sido considerados como minoristas cuando las pruebas revelaban que tenían estudios o conocimientos, al menos prácticos, de la mecánica financiera. Por supuesto, no me refiero a clientes claramente inexpertos, incapaces de comprender el riesgo de la operación, sino a aquellas personas que han visto en este aluvión de demandas una manera de deshacerse de un contrato que consintieron conociendo perfectamente los riesgos que acarreaba, pero cuyas consecuencias les fueron adversas (“perdieron la apuesta”). En esos supuestos, la jurisprudencia peca de protectora, debiendo restringir más la apreciación del error, en beneficio de la seguridad jurídica. Desde luego, soy consciente de que esta es una cuestión muy delicada y compleja de interpretar, siendo imposible calcular de forma exacta quién erró o no al contratar y si le era imputable.

En fin, habrá que esperar a que la jurisprudencia siga resolviendo dudas que todavía no han obtenido respuesta acerca de este contrato y, sobre todo, mantener la esperanza de que se dicte una legislación específica para los swaps.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario a la Sentencia de 20 de enero de 2014”, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, num. 95/2014 parte Sentencias, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2014.

AMADEO, F. (2013). El contrato de swap como tipo de derivado. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “La permuta financiera (swap) y su eventual ineficacia”, en *Actualidad Civil*, nº7-8, Sección Estudios de Jurisprudencia, del 1 de jul. al 31 de Ago. 2014, pág. 840, tomo 2, Editorial LA LEY;

CLAUDI ROSSELL I PIEDRAFITA, F.M. “La caracterización jurídica de los derivados OTC : algunas reflexiones a propósito del voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014”, en *La Ley mercantil*, Nº. 7 (octubre), 2014, págs. 102-112.

CNMV - *Productos derivados*, [cnmv.es](http://www.cnmv.es), <https://www.cnmv.es/portal/Inversor/Derivados.aspx>

CNMV - *Productos complejos*, [cnmv.es](http://www.cnmv.es), <https://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Complejos-No-Complejos.aspx>

COMANDONA, M. (2003). Commodity Swaps. http://www.bcr.com.ar/Publicaciones/investigaciones/commodity%20swap_camandona.pdf. Obtenido de <http://www.bcr.com.ar/default.aspx>.

DE PABLO CONTRERAS, P. “El incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Editorial COLEX, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (Coordinador), en “Diccionario Jurídico”, Sexta Edición, Thomson Reuters ARANZADI, Pamplona, 2012.

FONTELA SANZ, M. y BLANCO DELGADO, V. “A vueltas sobre los contratos de permutas financieras de tipos de interés (swap): fijación de la cuantía, caducidad y extinción de la acción de nulidad y excusabilidad del error” en *2014 Práctica contenciosa para abogados, edición nº 1*, Editorial LA LEY.

IGLESIAS RODRIGUEZ, R. y DIAZ RUIZ, E., “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (swaps). *Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 20/2011 (Sec. 1ª), de 18 de enero de 2011*”, en Uria Menéndez (2011).

JUAN GÓMEZ, M., “Permuta financiera y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual”, en *Actualidad Civil*, nº9, Septiembre 2016, Editorial LA LEY.

JUAN GÓMEZ, M., “Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios” en *Diario La Ley*, Nº 8255, Sección Doctrina, 20 de Febrero de 2014, Editorial LA LEY.

LÓPEZ DOMÍNGUEZ, I. (2016). SWAP. *Expansión*, en <http://www.expansion.com/diccionario-economico/swap.html>:

LORRIO, A. “La apreciación restrictiva del error invalidante en los contratos de swaps”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* , nº 862/2013 parte Tribuna, 2013.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “El contrato” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador), Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Editorial COLEX, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Comentario a la Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3993)”, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 100/2016 parte Sentencias (2016).

MARTINEZ SANCHIZ, J. A., JIMÉNEZ DE LUCAS, I. y VICIANO ESTEBAN, S., “Productos tóxicos bancarios II. Permutas Financieras: los swaps”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

MARÍN NARROS, H.D., “Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº737, 2013, págs. 1477 a 1531.

MATEU GORDON, J.L., “Resumen técnico: Los derivados financieros”, en <http://www.tirantonline.com> (2010).

NAVARRO ROS, A. (2015). Aspectos civiles del contrato de permuta financiera de tipos de interés (Tesis doctoral). Universidad de Murcia (pg. 33 y ss.).

PALUZIE PLANA, A., “Análisis teórico y práctico de la anulabilidad de los swaps”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2013 parte Estudio, 2013.

REDONDO TRIGO, F., “Swap y Synalagma”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 738, págs. 2771 a 2790. Estudios jurisprudenciales (DERECHO MERCANTIL).

REY ALVAREZ, R. (2012). Un paseo por los derivados financieros. Trabajo tutelado por el Profesor D^a Laura Valdunciel Bustos. Universidad de León (pgs. 44 y ss.).

RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Los swaps también han de cumplir la directiva MiFID: STJUE 30 de mayo 2013”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2013, parte Comentario, 2013.

NORMATIVA CITADA

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

REGLAMENTO (CE) No 1287/2006 de la Comisión de 10 de agosto de 2006 por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva

Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

DIRECTIVA 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.

LEGISLACIÓN ESTATAL

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

Real Decreto 629/1993, 3 de mayo (vigente hasta el 17 de febrero de 2008 derogado por el Real Decreto 217/2008, 15 de febrero).

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

LISTA DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 30 de mayo de 2013, Asunto C-604/11 (TJCE 2013, 142), Caso Genil 48, S.L. y Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A.

TRIBUNAL SUPREMO

STS núm. 694/2016 de 24 noviembre. (JUR 2016\264285)

STS núm. 496/2016 de 15 julio. (RJ 2016\3201)

STS núm. 479/2016 de 13 julio. (RJ 2016\3194)

STS núm. 310/2016 de 11 mayo. (RJ 2016\1959)

STS núm. 235/2016, de 8 de abril (RJ 2016, 1496)

STS núm. 195/2016 de 29 de marzo (RJ 2016\1211)

STS núm. 90/2016 de 19 febrero. (RJ 2016\703)

STS núm. 66/2016 de 16 febrero. (RJ 2016\549)

STS núm. 669/2015 de 25 noviembre. (RJ 2015\5500)

STS núm. 623/2015 de 24 noviembre (RJ 2016\113)

STS núm. 630/2015 de 18 noviembre (RJ\2015\5496)

STS núm. 629/2015 de 17 noviembre (RJ\2015\5626)

STS núm. 588/2015 de 10 noviembre. (RJ 2015\5159)

STS núm. 613/2015 de 10 noviembre. (RJ 2015\4960)

STS núm. 560/2015 de 28 octubre. (RJ 2015\5158)

STS núm. 549/2015 de 22 octubre. (RJ 2015\5600)

STS núm. 535/2015, de 15 de octubre (JUR 2015\5030)

STS núm. 491/2015 de 15 septiembre (RJ\2015\3993)

STS núm. 110/2015, de 26 de febrero (RJ 2015\953)

STS núm. 769/2014 de 12 enero. (RJ 2015\608)

STS núm. 187/2014 de 2 septiembre. (RJ 2014\5116)

STS núm. 385/2014, de 7 de julio (RJ 2014\4313)

STS núm. 41/2014 de 17 febrero. (RJ 2014\1862)

STS núm. 626/2013 de 29 octubre. (RJ 2013\8053)

STS núm. 840/2013 de 20 enero (RJ\2014\781)

STS núm. 797/2012 de 9 enero (RJ\2013\1633)

STS núm. 811/2012 de 8 enero (RJ\2013\1631)

STS núm. 683/2012 de 21 noviembre. (RJ 2012\11052)

STS núm. 202/2011 de 31 marzo (RJ 2011\3437)

STS núm. 343/2010 de 11 junio (RJ 2010\2677)

STS núm. 315/2009 de 13 mayo (RJ 2009\4742)

STS núm. 569/2003 de 11 junio. (RJ 2003\5347)

STS núm. 745/2002 de 12 julio (RJ 2002\7145)

STS núm. 791/2000 de 26 julio (RJ 2000\9177)

STS núm. 1033/1994 de 18 noviembre (RJ 1994\9322)

STS núm. 74/1994 de 14 febrero. (RJ 1994\1469)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Islas Baleares (Sec. 3ª) núm. 216/2016 de 30 junio. (JUR 2016\185485)

SAP Las Palmas (Sec. 4ª) núm. 42/2016 de 29 enero. (JUR 2016\89907)

SAP Málaga (Sec. 5ª), núm. 3/2016 de 8 enero. (JUR 2016\85345)

SAP Murcia (Sec. 4ª), núm. 523/2015 de 24 septiembre. (JUR 2015\249384)

SAP Pontevedra (Sec. 6ª) núm. 298/2015 de 25 junio. (JUR 2015\176528)

SAP La Rioja (Sec. 1ª), núm. 15/2015 de 27 de enero (AC 2015\1213)

SAP Córdoba (Sec. 1ª), núm. 333/2014 de 10 julio. (JUR 2014\257786).

SAP León (Sec. 1ª) núm. 65/2014 de 25 abril (AC\2014\987)

SAP León (Sec.1ª) núm. 70/2014 de 16 abril (JUR\2014\158413)

SAP Madrid (Sec. 10ª), núm.44/2014 de 18 de febrero (AC\2014\782)

SAP La Rioja (Sec. 1ª), núm. 378/2013 de 30 diciembre. (AC 2014\309).

SAP Madrid (Sec. 20ª) núm. rec. 702/2012 de 30 diciembre 2013. (AC 2014\191)

SAP de Guipúzcoa (Sec. 3ª) núm. 295/2013 de 7 octubre. (JUR 2014\159363)

SAP Madrid (Sec. 25ª), núm. 401/2013 de 4 octubre. (AC 2013\2343)

SAP Granada (Sec. 4ª), núm. 301/2013 de 27 septiembre. (JUR 2013\329127)

SAP Islas Baleares (Sec. 5ª) núm. 334/2013 de 30 julio (AC\2013\1565)

SAP de Barcelona (Sec. 1ª) núm. 377/2013 de 26 julio. (JUR 2013\342532)

SAP Barcelona (Sec. 11ª), núm. 316/2013 de 28 junio. (JUR 2013\335301)

SAP León (Sec. 1ª) núm. 268/2013 de 21 mayo (AC\2013\1478)

SAP Madrid (Sec. 14ª), núm. 126/2013 de 8 febrero. (AC 2013\468)

SAP Barcelona (Sec. 19ª), núm. 19/2013 de 30 enero. (AC 2013\896)

SAP Jaén (Sec. 2ª) núm. 14/2013 de 21 enero. (AC 2013\1175)

SAP Salamanca (Sec. 1ª) núm. 9/2013 de 15 enero. (JUR 2013\46158)

SAP León (Sec. 1ª) núm. 528/2012 de 28 diciembre (AC\2013\629)

SAP Asturias (Sec.7ª), núm. 509/2012 de 12 noviembre. (AC 2013\124)

SAP Soria (Sec. 1ª), núm. 131/2012 de 8 noviembre. (AC 2013\113)

SAP Asturias (Sec. 5ª) núm. 418/2012 de 7 noviembre. (AC 2013\35)

SAP Asturias (Sección 7ª), núm. 480/2012 de 29 octubre. (AC 2012\1598)

SAP A Coruña (Sec. 4ª), núm. 417/2012 de 19 de octubre (AC 2012\2027)

SAP Asturias (Sec. 6ª), núm. 345/2012 de 17 septiembre. (AC 2012\2129)

SAP Sevilla (Sec. 5ª) núm. 256/2012 de 14 mayo (JUR\2012\332694)

SAP de Madrid (Sec. 9ª) num. 216/2012 de 30 abril (AC\2012\983)

SAP Madrid (S. 14ª) núm. 192/2012 de 30 de marzo (AC\2012\2056)

SAP Pontevedra núm. 152/2012 de 29 marzo (JUR 2012\166352)

SAP Madrid (Sec. 10ª) núm. 234/2012 de 27 marzo. (JUR 2012\165149)

SAP Burgos (Sec. 2ª), núm. 112/2012 de 15 marzo. (AC 2012\408)

SAP Burgos (Sec. 3ª), núm. 267/2011 de 12 de septiembre (JUR\2011\344998)

SAP Zaragoza (Sec. 5ª), núm. 399/2011 de 20 de junio (JUR\2011\245705)

SAP de Barcelona (Sec.15ª), núm. 51/2011 de 9 febrero (JUR 2011\328443)

SAP de Valencia de 20 de enero de 2011 (AC\2011\306)

SAP Zaragoza (Sec. 5ª) núm. 629/2010 de 26 octubre (JUR\2010\412347)

SAP Valencia, núm. 561/2006 de 30 octubre (JUR 2007\128424)

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, núm. 259/2012 de 24 de diciembre (AC\2014\1188)

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, núm. 161/2011 de 17 de mayo (AC\2011\1253)